

INEFICACIA DEL INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL EN EL SISTEMA
PENAL ACUSATORIO

FABIÁN JESÚS MONTERO HERRERA

CORPORACIÓN UNIVERSITARIA DE LA COSTA, CUC
FACULTAD DE DERECHO
BARRANQUILLA

2010.

INEFICACIA DEL INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL EN EL SISTEMA
PENAL ACUSATORIO

FABIÁN JESÚS MONTERO HERRERA

Trabajo de grado presentado para optar el título de
Abogado

Asesor
Dr. Alait Freja Calao

CORPORACIÓN UNIVERSITARIA DE LA COSTA, CUC
FACULTAD DE DERECHO
BARRANQUILLA

2010.

NOTA DE ACEPTACIÓN

Asesor

Firma del jurado

Firma del jurado

Barranquilla, Octubre de 2010.

A mis Padres por permitir creer en mi perseverancia para triunfar en la vida.

A mi Esposa Juanita Ferrer y mis hijos: Sheila, Fabián y Antonella.

A Sheila Gianinna, mi hija de quince años, quien quiero que siga la vocación de la abogacía, para emprender juntos, el sueño que hace años quiero hacer realidad.

A Fabián Andrés, mi hijo varón, quien me hace feliz con la facilidad que tiene para estudiar y comprender. Nació cuando estaba en tercer semestre.

A Antonella, la princesita del hogar, la guía, la luz, la que hace posible esta utopía.

Todos son la razón para seguir estudiando y preparándose con vocación.

Fabián

AGRADECIMIENTOS

El autor expresa sus más sinceros agradecimientos A:

Mis Profesores de todas las cátedras, quienes con su conocimiento permitieron, despertar el interés por los libros en materia de derecho.

Dr. Alait Freja, Asesor de Tesis, gracias por su orientación.

Mis Compañeros de clases quienes se formaron con este servidor, gracias por todas las experiencias vividas con los trabajos, las investigaciones y un sinnúmero de experiencias y anécdotas vividas.

Dr. Alfredo Peña, Decano de la Facultad de Derecho, quien todos los días, enseña la práctica de esta profesión.

Mis amigos los que se han preocupado siempre por mi formación académica, muchas gracias.

Todos y cada uno los que colaboraron para que se hiciera posible este triunfo.

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	10
1. EL CONCEPTO DE REPARACION INTEGRAL EN LA JUSTICIA PENAL	14
1.1 TEORIA DE LAS VICTIMAS	22
1.2 EL CONCEPTO DE VÍCTIMA	29
1.3 LA VICTIMA EN EL PROCESO ACUSATORIO ANTIGUO Y EN EL PROCESO INQUISITIVO	35
1.3.1 La expulsión de la víctima del proceso penal	35
1.3.2 La reforma liberal y la víctima	36
1.3.3 El establecimiento de los derechos de las víctimas	37
1.3.4 La concretización del derecho a la indemnización	37
1.4 TEORIA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.	40
1.4.1 Características de la acción civil	43
1.4.2 Titulares para ejercer la acción civil a través del Incidente de Reparación Integral.	44
1.4.3 Trámite de la demanda de parte civil	48
1.5 CONCEPTO DE REPARACIÓN INTEGRAL	49
1.6 LEY 1395 DE JULIO DE 2010	51
2. LA REPARACION EN EL DERECHO COMPARADO Y TRIBUNALES INTERNACIONALES	55
2.1 ONU TRIBUNALES INTERNACIONALES	57
2.2 NORTEAMERICANO	58
2.3 TRIBUNAL EUROPEO	61
2.4 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	69
3. ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA REPARACION EN COLOMBIA	70
3.1 REFORMA EN LA LEY 1395 DE 2010	79
4. EL INCIDENTE DE REPARACION EN LA LEY 906 DE 2004	81
4.1 ANTECEDENTES	82

4.2 ORIGEN, OBJETO Y LEGITIMACIÓN DEL INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL	84
4.3 PROCEDENCIA Y EJERCICIO DEL INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL EN LA LEY 906 DE 2004	85
4.4 REQUISITOS SINE QUA NON PARA LA SOLICITUD DE APERTURA DEL INCIDENTE	87
4.5 EL INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL, COMO MECANISMO DE JUSTICIA RESTAURATIVA	89
4.6 OPINIÓN DOCTRINAL	92
4.7 LA REFORMA EN LA LEY 1395 DE 2010.	94
5. EFICACIA Y UTILIDAD PRÁCTICA DEL INCIDENTE	98
5.1 EN FIRME LA SENTENCIA CONDENATORIA	108
5.2 VERDAD, JUSTICIA Y REPARACIÓN.	109
5.3 VÍCTIMAS	110
CONCLUSIÓN	116
BIOBLIGRAFIA	120
ANEXOS	126

RESUMEN

Verdad, Justicia y Reparación es lo que persiguen las víctimas en el nuevo sistema penal acusatorio. Ley 906 de 2004. Resarcimiento o indemnización por la conducta causada por la comisión de un delito es sinónimo de dinero para todos los que hayan sufrido daño o lesión.

Pero no todas las víctimas que acuden a la justicia penal en Colombia llegan a la jurisdicción penal con el propósito que el dinero les resarza los perjuicios causados; algunos llegan por accidente y otros ni les interesa continuar. En un Estado social de derecho las víctimas tienen garantías suficientes de acudir a un proceso penal y afrontarlo con las prerrogativas que la ley dispone. Más allá de la reparación material o indemnización como ha sido usual en Colombia, esta ley 906 de 2004 establece la necesidad de adelantar acciones de restitución, rehabilitación y satisfacción.

El incidente de reparación integral, no debe confundirse con la demanda de parte civil que se daba en la ley 600 de 2000, por varias razones y disposiciones.

Hoy nos encontramos ante un proceso garantista para víctimas y victimarios, en donde se requiere la participación activa de los protagonistas, aspecto que no es viable todavía en los seis años de aplicación de la Ley 906 de 2004. Por todo lo anterior la Comisión de expertos a la Justicia debe considerar en su estudio final el verdadero acercamiento entre víctima y victimario en aras de mejorar el sistema judicial colombiano con respecto al incidente de reparación integral.

PALABRAS CLAVES: Reparación, Daño, Indemnización, Juez de Conocimiento, Ineficacia, Incidente de Reparación Integral, Verdad, Justicia, Víctimas.

ABSTRACT

KEY WORDS: Repair, Damage, Compensation, Judge of Knowledge, Inefficacy, Incident of Integral Repair, Truth, Justice, Victims.

Truth, Justice and Repair is what the victims pursue in the new accusatory penal system. Law 906 of 2004. Indemnity or compensation for the behavior caused by the commission of a crime are synonymous of money for all those that have suffered damage or lesion.

But not all the victims that go to the penal justice in Colombia arrive to the penal jurisdiction with the purpose that the money recoups them the caused damages; some arrive for accident and other neither it interests them to continue. In a social State of right the victims have enough guarantees of to go to a penal process and to confront it with the prerogatives that the law prepares. Beyond the material repair or compensation like it has been usual in Colombia, this law 906 of 2004 establish the necessity to advance restitution actions, rehabilitation and satisfaction.

The incident of integral repair, he/she should not made a mistake with the demand of civil part that was given in the law 600 of 2000, for several reasons and dispositions.

Today we are still before a process garantista for victims and victimarios where the active participation of the main characters, aspect is required that it is not viable in the six years of application of the Law 906 of 2004. For all the above-mentioned the Commission of experts to the Justice should consider in its final study the true approach between victim and victimario for the sake of improving the Colombian judicial system with regard to the incident of integral repair.

INTRODUCCIÓN

En cinco unidades se desarrollará este trabajo de investigación dirigida, sobre la Ineficacia del Incidente de Reparación Integral en el nuevo sistema penal acusatorio. Investigación realizada en el programa de derecho de la Corporación Universitaria de la Costa C.U.C.

Con el objetivo de descubrir los diferentes planteamientos, procesos y prácticas utilizadas para solicitar la reparación e indemnización a través de un delito cometido, desde un lenguaje científico pasando por todos los conceptos, antecedentes y utilidad práctica.

La audiencia del incidente de reparación integral que se realiza una vez emitido el fallo debidamente ejecutoriado, es ineficaz por que cuantitativamente las estadísticas que están en el Centro de Servios Judiciales de la ciudad y en la secretaría de los juzgados de conocimiento, demuestran que pocos se han abierto y muy pocos se han fallado. Esto significa que no hay interés por parte de los apoderados judiciales de iniciar las audiencias de reparación integral.

A partir de este objetivo general, se emprende la tarea de averiguar con los jueces de conocimiento, apoderados judiciales y victimas en general, porque no están interesados en esta audiencia, regulada por la ley 906 de 2004, código de procedimiento penal y la Ley 1395 de 2010.

En efecto la primera unidad desarrolla la reparación integral en la justicia penal y manifiesta que la reparación del daño es una pena pecuniaria que consiste en la obligación impuesta al delincuente de restablecer el statu quo ante y resarcir los perjuicios causados por su delito. El que haya cometido un hecho punible está en la obligación de reparar ese hecho. La sanción pecuniaria comprende la multa y la reparación del daño. El delito supone la lesión del bien jurídico protegido y su titular es la víctima. De igual forma desarrollamos la teoría de las víctimas, el concepto de reparación integral y la teoría de la responsabilidad civil.

En lo que respecta a la reparación en el derecho comparado y la concepción que tienen los tribunales internacionales como el europeo, norteamericano y la corte interamericana de justicia mucho se ha dicho con respecto a las víctimas.

Consideran los Tribunales internacionales que el derecho que les asiste a las personas o víctimas para obtener reparación por todos los daños sufridos, se puede lograr mediante la restitutio in integrum, o reposición de la situación a su estado original; la indemnización o reparación por equivalencia en dinero, y la satisfacción o reparación moral. Así las cosas, toda violación de un derecho humano da lugar a un derecho de la víctima o sus derechohabientes a obtener reparación, el cual implica el deber del Estado de reparar y el derecho de dirigirse contra el autor.

En varios casos o jurisprudencias se han pronunciado los beneficios que han obtenido las víctimas en el ámbito mundial.

Con respecto a los antecedentes históricos de la reparación el país colombiano, viene matriculado desde muchas décadas atrás en la aceptación de que los perjuicios causados con la conducta punible deben ser reparados en forma solidaria por los penalmente responsables y los que conforme a la ley sustancial, están obligados a responder, el tercero civilmente. No ha variado mucho con respecto a la expedición de la ley 906 de 2004.

Durante esta investigación, se hará un recorrido a través de leyes que fueron expedidas en la historia de este país con respecto a el tema de reparación.

En este propósito el incidente de reparación integral en la Ley 906 de 2004 y con la reforma de la Ley 1395 producto de la descongestión judicial: una vez proferida la sentencia condenatoria puede tramitarse un incidente de reparación integral, esto es, la posibilidad de incluir la reparación como una tercera vía de las sanciones penales al estilo alemán; esto permitiría hacer mas viable un sistema de justicia alternativa.

Por último se investigó a través de entrevistas personales y dimos con la tarea de averiguar en los juzgados penales de conocimiento, si el capítulo del incidente de reparación integral se viene aplicando en los procesos penales. Prevalecen más

las conciliaciones judiciales y extrajudiciales que el incidente de reparación integral, para las partes el arreglo previo es más importante que agotar esta audiencia.

La conciliación continúa ganando terreno, porque se puede hacer antes o después de la sentencia. La conciliación para obtener una indemnización se puede promover en cualquier etapa del proceso, los victimarios tienen una estrategia de defensa con la indemnización que le hacen a la víctima, esta primando mas el arreglo previo, la conciliación previa entre víctima y victimario.

1. EL CONCEPTO DE REPARACION INTEGRAL EN LA JUSTICIA PENAL

Para comenzar a desarrollar esta investigación se hará una comparación con respecto al significado de los términos daño y reparación como factor constitutivo y determinante del deber jurídico.

“Manifiesta el Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas que la reparación del daño es una pena pecuniaria que consiste en la obligación impuesta al delincuente de restablecer el statu quo ante y resarcir los perjuicios derivados de su delito”¹.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, el que haya cometido un hecho punible está en la obligación de reparar ese hecho. La sanción pecuniaria comprende la multa y la reparación del daño.

“En ese mismo orden y dirección llámese daño a todo detrimento o lesión que una persona experimenta en el alma, cuerpo o bienes, quienquiera que sea su causante y cualquiera que la causa sea, aunque se lo infiera el propio lesionado o acontezca sin intervención alguna del hombre”².

El lenguaje científico arranca de esta acepción usual para fijar el concepto de “daño” (damnum), incluyendo en él todos los perjuicios que el individuo sujeto de

¹ Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. p. 2791

² ALBRECHT FISCHER, Hans. Los daños civiles y su reparación, Editorial Leyer, Bogotá, 2005

derecho sufre en su persona y bienes jurídicos, con excepción de los que se irroga el propio perjudicado.

Al derecho positivo sólo le interesa el daño en cuanto al tema jurídico como fundamento determinante de penas e indemnizaciones.

Las normas del derecho penal, a pesar de tener carácter absolutamente público no oponen traba alguna al individuo a quien se antoje atentar contra su vida o intereses personales. El suicidio no es acto punible, y entre las leyes que forman el Derecho privado no figura una sola que prohíba maltratar los bienes propios, ni que obligue al interesado- y mucho menos a otro cualquiera- a “repararse” los daños a sí mismo inferidos.

Este axioma, fundado en un principio manifiesto de equidad, tradúcese en ciertas consecuencias prácticas cuando el daño cuya reparación se reclama haya sido motivado por causas en las que tenga parte el propio perjudicado, aunque la culpa alcance también a un tercero. El derecho privado suelen equiparar a los daños provocados por la persona misma que los sufre, los inferidos por otro de orden suya o con su aquiescencia.

“No corresponde aquí aquilatar las normas penales con esto relacionadas y que amparan determinados bienes jurídicos con protección imperativa e irrenunciable,

sin que, por tanto, baste el asentimiento del interesado para eximir al culpable de responsabilidad”³.

La distinción entre daños patrimoniales y no patrimoniales – “daños morales”- adquiere importancia fundamental en las modernas legislaciones, pues- como se desprende de la citada norma- la clase y alcance de la reparación varían según la naturaleza del daño irrogado.

Es muy frecuente que coincidan ambas clases de daños. Muchos quebrantos de índole moral que afectan por modo directo a la vida, libertad e integridad humanas, pueden provocar, y provocan de ordinario, parejamente, perjuicios de orden patrimonial. Y viceversa, producen a veces daños patrimoniales que acarrear conjuntamente lesión de otros bienes jurídicos, como por ejemplo, el menosprecio de la personalidad o del honor, y perjuicios de carácter material que entrañan también pérdidas morales – dolores físicos o sufrimientos espirituales.

Por eso, cuando se ha producido un daño que el Derecho ordena reparar, lo único hacedero es cortar el paso a sus consecuencias, mientras se estén gestando. Así, puede afirmarse como axioma inconcuso que toda reparación de daños representa una indemnización.

³ GONZALEZ NAVARRO, Antonio Luís. La justicia Restaurativa y el Incidente de Reparación, Editorial Leyer. Bogotá, 2010. p.643

“La práctica ofrece dos caminos para alcanzar en Derecho esa meta: el de la reparación natural y el de la indemnización, en metálico”⁴. La legitimidad teórica de la segunda, tratándose de daños patrimoniales, podría razonarse del modo siguiente: el daño patrimonial implica un menoscabo del patrimonio, y éste es, en el fondo, un concepto aritmético. De aquí que el daño o interés se tase en dinero, mediante un cálculo diferencial; y nada más justo, por ello mismo, que acudir al dinero para su reparación.

El dinero no tiende a restaurar, sino a resarcir: el acreedor no obtiene, a título de reparación, lo mismo que sin el daño hubiera conseguido, sino otra cosa: una suma en metálico. El Derecho elige este recurso económico de resarcimiento a sabiendas de que no se ajusta al principio fundamental que preside la reparación de los daños.

El régimen de reparación natural es, evidentemente, mucho más indicado para alcanzar el fin ideal de restauración. Es aplicable por igual a los daños patrimoniales y no patrimoniales, que muchas veces se confunden entre las consecuencias de un mismo acto. Cuando hay posibilidad de restaurar íntegramente la situación anterior, el perjudicado se ve exento de la obligación de evaluar su interés, y no corre el riesgo de perder derechos basados en valoraciones puramente subjetivas.

⁴ Cfr. STAUDIM, JGER, KONIMENTAR Z. BGB, S 255 N.4; CROME, System des deutschen bürgerl. RECHTS, II, pag

Muchas veces resulta objetivamente imposible, haciéndose necesario, por esta razón, se acude a la indemnización en dinero.

Puede ocurrir que sea subjetivamente imposible para el deudor, en cuyo caso no hay razón para exigírsela, pudiendo, a lo sumo, autorizarse al acreedor a reparar por sí el daño. Cuando acontezca que el deudor sólo pueda realizarla con sacrificio desproporcionado, el Derecho podrá elegir entre abandonar el principio de la reparación natural o mantenerlo firme, a costa de los intereses del deudor. Pero, aun en los casos en que la reparación natural sea perfectamente factible, quedará siempre como germen de nuevas discordias la duda de si se ha restaurado o no íntegramente el estado de cosas perturbado por el daño, y la posibilidad de que el deudor contumaz aluda la reparación o la vaya demorando indefinidamente.

Además, la reparación en efectivo puede ser contraria a los intereses del acreedor.; Si un médico, incurre en responsabilidad y es obligado a reparar el daño que causó por haber curado torpemente un brazo, dejándolo anquilosado, no es fácil que el enfermo quiera ponerse en sus manos nuevamente. El autor de un daño vanamente, para que le remedie el mal mediante otra operación no parece el más indicado para reparar los perjuicios causados por su incuria o mala intención.

Del daño inmediato surge la obligación de reparación y del daño mediato la obligación de la reparación social, la obligación de la reparación civil se cumple

cuando se da, la indemnización a la parte lesionada, y la obligación de la reparación social queda cumplida cuando se expía la pena que es la indemnización dada a la sociedad por la perturbación que le cause el delito.

Dentro de las indemnizaciones que debe darse al agraviado quedan comprendidas también las costas legales y los honorarios de su defensor. Como ya se ha aclarado el daño producido por el hombre en cualquier delito es reparado, resarcido e indemnizado.

En el Diccionario Jurídico Mexicano, del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se desglosa lo siguiente:

La elevación de la reparación del daño a pena criminal pública desdibuja la distinción entre las sanciones de derecho privado y la pena, en cuanto a las primeras, en sentido amplio, importan la realización forzada del mandato jurídico en la eventualidad de que no se realice voluntariamente. El resarcimiento del daño dimana de la ilicitud del derecho privado, guarda proporción con el daño objetivo, por concederlo la Ley en interés de la persona perjudicada, es renunciable por ésta y transmisible a otros. No ocurre así con la pena, que deriva de un delito, y que, proporcionada a la gravedad de éste, está sujeta a variaciones en su quantum según el aspecto subjetivo del acto punible y la culpabilidad del delincuente, se establece por la Ley en interés de toda la colectividad, no puede renunciarla el Estado y no es transferible ni transmisible⁵.

La equiparación dispuesta por la ley responde, sin embargo, a la íntima relación en que ambas se hallan y a la solidaridad en que obran contra los actos ilícitos,

⁵ Biblioteca Artículos Electrónicos. Disponible en Internet:
<http://www.tribunalmmm.gob.mx/biblioteca/juvenciocamacho/juvenciocamacho.htm>. Barranquilla, Agosto 14 de 2010. 10:00 a.m.

dentro del ordenamiento jurídico concebido como una unidad. De allí la regulación privilegiada de la reparación del daño.

De los anteriores planteamientos se deduce que hay una verdadera concatenación entre el daño y la reparación para indicar que los autores que se han referido a estos términos jurídicos se encuentran en referencias prácticas del tema.

La reparación del daño, a pesar de tener calidad de pena pública, resulta en el mayor de los casos difícil de lograr, anteriormente la víctima se vió mucho mejor amparada a través de la composición que pactaba con su agresor, que en los tiempos actuales; lo anterior porque por un lado aún cuando hoy se logre que el juez la decreta de acuerdo a las pretensiones de la víctima resulta muy frecuente la insolvencia del agresor; por otro lado porque la forma como está reglamentada facilita las maniobras procesales para hacer inexigibles penalmente los gastos ocasionados por el delito, además en el mayor de los casos el Ministerio Público que es el que debe representar a la víctima durante el proceso, no tiene un real compromiso social con la misma, dejándola a su suerte, que casi siempre le es adversa.

Otros autores y en otros partes distintas a la legislación colombiana consideran que la reparación del daño es un derecho subjetivo del ofendido y la víctima del delito, para ser resarcidos de los perjuicios causados en sus bienes jurídicamente tutelados, como consecuencia del ilícito penal. La reparación del daño constituye

una pena impuesta al delincuente que lo obliga a restablecer la situación anterior del delito y al pago de los daños y perjuicios causados.

Francesco Carrara manifiesta que cada una de esas obligaciones surgidas por la manifestación de un delito se obtienen según el caso.

La civil se obtiene de diversas maneras: o con la reparación natural que consiste en la reintegración del derecho violado, como sería la restitución del objeto robado, el restablecimiento del mojón (límite) que se ha removido; o con la reparación pecuniaria, como no puede obtenerse la natural ora por accidente ora porque el derecho es de naturaleza no reintegrable, caso en el cual el dinero representa común de todos los valores desempeña sus funciones o con la reparación honoraria cuando el delito haya defendido el honor del ciudadano y sea para éste una satisfacción especial⁶.

Los positivistas, consideraron que a partir de sus primitivas relaciones no fue una empresa heroica vincular a los códigos textos de contenido mas humanitario que proclamaban la reparación no como un desagravio económico privado sino como medida de orden público desarrollada por el ofendido o en defecto de éste por los representantes sociales en el proceso penal.

Rafael Garófalo, manifestó que la reparación debería ejercerse con fines sancionatorios y con fines preventivos. O sea que sería una manifestación del poder punitivo, de carácter oficial, con la obligación para los fiscales y los jueces de tomar medidas para hacer posible la reparación.

⁶ GONZALEZ NAVARRO, Antonio Luís. Op.Cit. p. 325

1.1 TEORIA DE LAS VICTIMAS

Después de varios siglos de haberse excluido y olvidado a la víctima, principalmente a raíz del surgimiento del Estado moderno y posterior consolidación, la víctima reaparece en el escenario de la justicia procesal penal, ocupando un lugar central dentro de la política criminal.

El derecho penal estatal surge, históricamente, justificado como medio de protección del autor del hecho frente a la venganza del ofendido o su familia, como mecanismo para el restablecimiento de la paz. La historia del derecho penal muestra, sin embargo cómo éste fue utilizando exclusivamente en beneficio del poder estatal para controlar ciertos comportamientos de ciertos individuos, sobre quienes infligió crueles e innecesarios sufrimientos, y cómo excluyó a la víctima al expropiarle sus derechos. “Las garantías del programa reformador del siglo XIX no han sido suficientes para limitar las arbitrariedades del ejercicio de las prácticas punitivas, entre otros motivos, porque son los órganos estatales que llevan adelante la persecución los encargados de poner límites a esa persecución, es decir, porque deben controlarse a sí mismos”⁷.

Con la redefinición de la víctima y la reconsideración del importante papel de este sujeto dentro del proceso penal, se ha concluido por algunos doctrinantes que si

⁷ Cfr. BOVINO, Alberto. Víctima y Derecho Penal. En línea Disponible en: <http://www.medicolegal.com.co>. Barranquilla, Septiembre 16 de 2010. 4:00.p.m.

de algo sirve el derecho penal es para prevenir daños y, al suceder estos daños, el devolverle a las personas el respeto requerido en su integridad, bienes, honra y demás, es decir, las personas agredidas deben obtener del aparato judicial una reparación redignificante, este remedio es la condena penal lograda mediante la participación del ofendido en el proceso.

La redefinición de la víctima antes mencionada se debe a las formas de derecho comparado, el desarrollo doctrinario y la existencia de diversos movimientos que comenzaron una lucha inagotable por el respeto de las víctimas del delito. Sin embargo, no parecen suficientes estos esfuerzos para devolverle a la víctima un papel protagónico dentro del proceso penal.

El individuo tiende a los valores mas elevados. Así, se convierte en el valor supremo de todo orden jurídico humano. Es el sujeto natural del derecho y no sólo el elegido. La convivencia social es necesidad, pero es un fin absoluto. Todo orden de estructura social y sobre todo el jurídico, debe permitir que el individuo tienda, dentro de esta estructura, a los valores más elevados y cumpla su misión moral individual.

La misión del derecho penal es la de todo derecho, a saber, la regulación de la convivencia humana. La convivencia social requiere preceptos jurídicos y un orden en que un individuo pueda vivir sin ser lesionado por otros.

Por regla general, los sistemas penales siempre han centrado toda su atención en la investigación de las conductas punibles y en conceptos de que la motivación preeminente es el interés punitivo del Estado. Con esto la víctima ha pasado a ocupar, como se ha dicho antes, un lugar secundario y su rol dentro del proceso penal ha sido la colaboración con la recuperación de pruebas, y perseguir su interés reparatorio por medio de acciones que frecuentemente ocupan un espacio marginal dentro del proceso penal.

Sin embargo, en los últimos años, y en algunos ordenamientos primero que en otros, los objetivos del sistema penal han entrado en un proceso de cambio radical y este cambio ha implicado para la víctima mayor atención y una intensa lucha por sus derechos y por que su intervención en el proceso penal pueda ser más activa y gratificante en dos aspectos significativos: el primero su derecho a saber la verdad y de otro lado su reparación o indemnización; todo esto atendiendo a que los intereses de la víctima y la ayuda a quienes se encuentran en esta condición aparece como uno de los efectos beneficiosos, reales y verificables que el sistema puede producir.

Así mismo, una concepción moderna de la seguridad ciudadana se vincula, ya no sólo a la conservación de un orden y el respeto por un cierto conjunto de normas, sino a la promoción de las condiciones que permitan a las personas el goce de sus derechos. En tal sentido, una de las formas de promover la seguridad de los

ciudadanos, tiene que ver con la preocupación por quienes se han visto privados de derechos a consecuencia de un delito.

En este propósito, una de las primeras cuestiones que hay que considerar es la relación entre la victimología y el derecho penal. Desde antes en el derecho penal se ha considerado el papel de la víctima, esto es, de la persona directamente afectada por el delito, la cual había que distinguir del sujeto pasivo.

En efecto, en un delito pueden coincidir sujeto pasivo y víctima – como cuando a alguien se le hurta un reloj -, pero puede suceder que esto no sea así – como cuando se le hurta un reloj a un niño pequeño que llevaba el de su padre a arreglar a una relojería-. Más aún, la víctima en muchos delitos puede desaparecer, en su determinación concreta, en razón de la forma de protección, así en los delitos que protegen bienes jurídicos referidos al funcionamiento del sistema (es el caso de muchos delitos ecológicos, contra la calidad del consumo, en especial cuando se los configura como delitos de peligro, o bien, en otros como contra la seguridad interior o exterior, sobre todo cuando se pone el acento del castigo en determinada subjetividad del hecho), pero sin embargo, está siempre presente el sujeto pasivo, ya sea un colectivo general, esto es, todos y cada uno de los ciudadanos o uno concreto, por ejemplo los consumidores, o bien, el Estado propiamente tal⁸.

Como puede observarse, hay orientaciones en la victimología que extienden considerablemente el concepto de víctima, sobrepasando el ámbito propio al derecho penal.

⁸ LAMA DE ESPINOZA, Emilio. Delitos sin víctima, orden moral y ambivalencia social, Alianza, Madrid 1989. p.114

Nadie duda que podrían entrar en las definiciones de víctima aquellos que son afectados por cualquier delito contra las personas (homicidio, detención ilegal, injuria, hurto, estafa, entre otros). Tampoco ofrecería discusión el incorporar a todos aquellos afectados personalmente por delitos contra el funcionamiento del sistema. Diferente es la situación cuando se trata propiamente de la colectividad o del Estado como tal. Resulta, en estos, dudoso hablar de víctima, aunque se pueda hablar de sujeto pasivo. Esta contradicción surge ya de los orígenes positivistas de la victimología, pues como se trataba de averiguar las causas biológicas, sociales, necesariamente esto llevaba a una concepción personalista naturalista de la víctima y a dejar sin consideración a colectivos como tales o a personas jurídicas.

Tal como se observan, hay que tener en cuenta que considerada la victimología desde las perspectivas de los procesos de definición, lo que interesa es la indagación respecto de la víctima conforme al sistema penal en su conjunto.

Y en ese sentido, también podrán tener la calidad de víctima personas diferentes a la consideración jurídico penal, así, por ejemplo el testigo, en cuanto se encuentra desprotegido en su función, o bien, hasta el propio delincuente, en la medida en que le son negados sus derechos por parte del sistema penal.

Es evidente entonces, que los conceptos de víctima de la victimología y el derecho penal no coinciden y mas bien actúan como círculos secantes, en que sólo hay un

espacio común, que es aquél referido al concepto de víctima en relación a bienes jurídicos microsociales, como son las afecciones a la vida, salud, seguridad, libertad, honor o patrimonio de una persona. En lo demás ya no hay coincidencia, pues, por una parte, se puede emplear un sentido muy extensivo de víctima por la victimología, que es aquél referido a cualquier afección que sufra una persona en sus derechos, y que por tanto escapa al derecho penal, y por otra parte, se puede referir en un sentido no tan amplio a las víctimas de los procesos de definición del sistema penal, dentro de lo cual cabe tanto la víctima de que habla el derecho penal como otras víctimas no consideradas desde un punto de vista penal, como son el testigo o el propio delincuente y sus familiares.

Tal como se ha visto, desde antes el derecho penal ha destacado que en muchos delitos hay una interrelación entre delincuente y víctima (o bien, sujeto pasivo). El ejemplo de la estafa es muy común en que muy frecuentemente el delincuente se aprovecha del afán de lucro del estafado (por ejemplo, en la venta a bajo precio de un billete premiado de la lotería o una máquina para hacer billetes o al convencerlo que se repartan el dinero que se le ha caído a un recaudador, colocando previamente los propios dineros para que quede una cantidad diferente a la encontrada).

Tal como se observa, ha surgido el principio de “autorresponsabilidad”, conforme al cual la víctima ha de responder por su propio comportamiento, en el sentido de que ha de evitar que él sea la causa o antecedente del hecho que lo afecte. No

hay duda que en el trasfondo de este planteamiento está el pensamiento victimológico positivista, para el cual hay características intrínsecas al comportamiento de la víctima (antropológicas, biológicas o sociales) que la predisponen a convertirse en víctima y de ahí que se podría establecer de modo general el planteamiento de que el delito estaría también determinado desde la víctima: habría coactuación de ella en su determinación.

Dogmáticamente, el principio de “autorresponsabilidad” significa que la víctima ha de tomar todas las precauciones que sean del caso, para evitar que su comportamiento sea el que produzca el delito, en otros términos quien no toma las precauciones correspondientes a su responsabilidad respecto de sus bienes jurídicos no queda protegido en sus bienes jurídicos.

Cabe agregar, que el principio de la extrema ratio está basado, en primer lugar, sobre los bienes jurídicos, esto es, la intervención sólo ha de darse en el caso de un ataque a bienes jurídicos, y, en segundo lugar, en relación a ataques importantes a los bienes jurídicos, para lo cual sirven una serie de características de gravedad material, como las indicadas de engaño, violencia, intimidación.

El Estado y el derecho no pueden exigir, por principio, para la protección de sus derechos a las personas que ellas protejan sus derechos, eso sería negar el reconocimiento de sus derechos y pasar nuevamente a la idea de que los derechos son otorgados y, por tanto, que se puede establecer un deber respecto

de ellos a los ciudadanos, esto es, el de su protección, ya que son dados por otro (con lo cual consecuentemente se puede establecer pena a su omisión, o bien, medidas de resocialización).

Por el contrario, el deber de protección es del Estado, en razón que se trata de derechos que ha de reconocer, pues son de los ciudadanos. El planteamiento victimodogmático alteraría la relación entre derechos y deberes en la interacción Estado y ciudadano, con múltiples consecuencias en todo el sistema penal.

1.2 EL CONCEPTO DE VÍCTIMA

Dentro de las definiciones actuales de víctimas se distinguen dos corrientes: Una en sentido amplio, en la que se incluye a las víctimas de cualquier acción humana o natural (terremoto, guerras, catástrofes naturales), y otra en sentido restringido, que es la referida al delito y al derecho penal y procesal penal, la cual resulta limitada en función de un código penal que en muchos casos resulta insuficiente para abarcar determinados sectores o grupos de la sociedad.

“Hoy en día no puede hablarse de un concepto individual de víctima, este debe entenderse en sentido amplio, no solo como sujeto pasivo del delito, sino de otras

personas naturales o jurídicas, que aunque no estén individualizadas, pueden haber sufrido daños como consecuencia de la infracción”⁹.

Diversos autores resaltan la necesidad de plantear conceptos más amplios en los que se puedan incluir a todas las personas o grupos que padecen directa o indirectamente las consecuencias de un hecho criminal:

Beristain señala:

A la luz de la actual doctrina victimológica, por víctima ha de entenderse un círculo de personas naturales y jurídicas más amplio que el sujeto pasivo de la infracción. Lo incluye, pero también lo rebasa. Víctimas son todas las personas naturales o jurídicas que directa y/o indirectamente sufren un daño notable – no basta cualquier daño, pues de minimis non ucart praetor- como consecuencia de la infracción¹⁰.

En igual sentido se pronuncia I. Rodríguez Manzanera, quien entiende por víctimas del delito:

A toda persona física o moral que sufre un daño por causa de una conducta antijurídica, típica y culpable, e incluye dentro del concepto al sujeto pasivo, titular del bien jurídico protegido; al ofendido, quien sufre un perjuicio por la comisión del delito y tiene derecho a la reparación del daño; y al damnificado, quien sufre un perjuicio por la comisión del delito, pero que no lograría que el daño le sea reparado aunque no tuviese mayor culpa ni participación en el ilícito¹¹.

⁹ Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia C-228 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett.

¹⁰ Cfr. SAMPEDRO, Arrubla Julio Andrés. ¿Quiénes son las víctimas del delito? La redefinición del concepto desde la victimología. Revista Derecho Penal y Criminología. Volumen XXI. No 67- Septiembre – Diciembre.1999. Pág.154-155.

¹¹ RODRIGUEZ, Manzanera L. Victimología. Estudio de la víctima. Tercera Edición. México: Porrúa. 1993. Citado por SAMPEDRO, Arrubla Julio Andrés. Ibidem. Pág.155

Desde el punto de vista de la criminología, Molina Arrubla refiriéndose a la nueva Victimología plantea una definición de víctima, diferenciando tal concepto del de sujeto pasivo o perjudicado, entendiendo por víctima a “la persona natural o jurídica, sobre la cual recae la acción material del delito; por “sujeto pasivo” u “ofendido” a la persona, igualmente natural o jurídico, sobre la cual la acción jurídica, vale decir, que es titular del bien jurídico afectado, de manera real o potencial, con la observancia del comportamiento delictual”¹².

El mismo autor fundamentándose en Bustos Ramirez señala que un mismo delito pueden coincidir sujeto pasivo y víctima, y cita un ejemplo: “A alguien le hurtan su reloj; pero también puede suceder que ello no sea así, como cuando a un menor le hurtan el reloj de su padre que llevaba a arreglar a la joyería”¹³.

Julio Andrés Sanpedro Arrubla en su artículo: una reflexión victimológica en torno al sistema penal, señala como la actual victimología busca estructurar un concepto más amplio de víctimas, el cual, respetando los postulados básicos del Estado Social y Democrático de Derecho, garantice la atención integral de todos los protagonistas del suceso criminal y, sin desconocer los derechos fundamentales de los victimarios, permita adoptar una opción preferencial por las víctimas. Muestra además como se ha ido superando el concepto individual de víctima para

¹² MOLINA, Arrubla Carlos Mario. Introducción a la criminología. Segunda Edición. Medellín, Biblioteca jurídica DIKE, 1994. Pág.129

¹³ BUSTOS, Ramírez Juan. Victimología presente y futuro. Segunda Edición. Bogotá: Editorial Temis, 1993. Pág.9.

dar paso a una concepción más amplia, comprensiva no solo por parte del sujeto pasivo del delito sino de otras personas naturales o jurídicas, que aunque no estén individualizadas, pueden haber sufrido daño como consecuencia de la infracción.

La Sociedad Internacional de Victimología en la declaración sobre justicia y asistencia para las víctimas plantea la siguiente definición:

Victima es la persona que ha sufrido una lesión o daño físico o mental, una pérdida o daño material, o cualquier otro perjuicio social como resultado de una acción que:

- a) Esté en violación con las leyes penales; o
- b) Es un crimen catalogado bajo la ley internacional; o
- c) Constituye una violación a las normas de los derechos humanos internacionales reconocidos que protegen la vida, la libertad y la seguridad personal; o
- d) Constituye un “abuso de poder” ejercido por personas que, en razón de su posición política, económica o social, ya sean oficiales políticos, agentes o empleados del Estado, o entidades comerciales, estén fuera del alcance de la ley, o
- e) Que aunque no esté realmente proscrito por las leyes nacionales o internacionales, cause daños físicos, psicológicos o económicos comparables a los causados por los abusos de poder, constituyendo de esta forma un delito dentro de la ley internacional o una violación a las normas internacionales reconocidas de los derechos humanos, y cree serias necesidades en sus víctimas similares a las causadas por la violación de esas normas.

El término “Victima” incluye a toda persona que ha sufrido una pérdida o daño o lesión, ya sea como individuo o como integrante de un grupo o colectividad.

Cuando corresponda, el termino persona se referirá a entidades legales, organizaciones, asociaciones, comunidades, el Estado, la sociedad en un todo¹⁴.

¹⁴ Texto presentado por el secretario general de la Sociedad Internacional de Victimología en el Congreso Internacional de las Naciones Unidas en 1985. Citado por SANPEDRO, Arrubla Julio Andrés. ¿Quiénes son las víctimas del delito? La redefinición del concepto desde la victimología. Op.Cit. p.156

Las Naciones Unidas se han pronunciado sobre el tema en la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, en la cual se acogieron las siguientes definiciones:

Victimas de actividades delictuosas:

Se entenderá por «víctimas» las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder.

Podrá considerarse «víctima» a una persona, con arreglo a la presente Declaración, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima. En la expresión víctima se incluye además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a las víctimas en peligro o para prevenir la victimización¹⁵.

Victimas de abuso de poder

Se entenderá por «víctimas» las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que no lleguen a constituir violaciones al

¹⁵ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. (En línea) Resolución 40/34 del 29 de noviembre de 1985. Disponible en: www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/h_comp49_sp.htm. Barranquilla, Agosto 25 de 2010. 5:00p.m

derecho penal, pero violen normas internacionalmente relativas a derechos humanos.

En Colombia la Corte Constitucional en la sentencia C-228 de 2002 (16) introdujo distinciones entre los conceptos jurídicos de víctima y perjudicado:

“Como víctima señala a la “persona” respecto de la cual se materializa la conducta típica”, y como perjudicado “comprende a todos los que han sufrido un daño, así no sea patrimonial, como consecuencia directa de la comisión del delito”, e incluye a las víctimas. Señalando que los perjudicados tienen interés en participar del proceso penal”¹⁶.

Por último, el actual Código de Procedimiento Penal, señala su propia definición de víctima, la cual recorrió varias etapas hasta llegar al texto aprobado por el Congreso de la República, plasmado en el capítulo IV artículo 132 de ley 906 de 2004 que expone:

Se entiende por víctimas, para efectos de este Código, las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño directo como consecuencia del injusto.

¹⁶ Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia C-228 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett.

“La condición de víctima se tiene con independencia de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al autor del injusto e independientemente de la existencia de una relación familiar con este”¹⁷.

1.3 LA VICTIMA EN EL PROCESO ACUSATORIO ANTIGUO Y EN EL PROCESO INQUISITIVO

En los orígenes del proceso penal la relación ante el delito involucraba necesariamente la existencia de un conflicto entre victimario y víctima, no existiendo ningún sujeto tercero e imparcial que mediara en el conflicto, de tal forma que no es de extrañar que la primera forma por la cual se encausa históricamente este conflicto sea la venganza privada, ésta asumía los mayores niveles de crueldad y desproporcionalidad en relación al daño sufrido, de tal forma que esa venganza involucraba no necesariamente al responsable directo del daño sino que también podía comprometer a otros sujetos cercanos al ofensor tales como los parientes y los miembros de su grupo o clan¹⁸.

Sin embargo, la evolución de la sociedad generó el que los efectos de la primitiva venganza privada fueran atemperados por instituciones como la Ley del Talión, o la compensación de los daños.

1.3.1 La expulsión de la víctima del proceso penal. Conforme ese poder centralizador fue afirmándose y se dió el nacimiento de los Estados, el conflicto penal dejó de ser un conflicto interpartes, para constituirse en un problema entre el

¹⁷ Congreso de la República de Colombia.- Ley 906 de 2004. Código de Procedimiento Penal . Bogotá, 2005.

¹⁸ CUBERO, Perez Fernando. La tutela efectiva de los derechos de la victima en el proceso penal costarricense. Segunda Edición. En: Sistema Acusatorio 2005, Corte suprema y Constitucional, Jurisprudencia. 350 conferencias, legislación, códigos nacionales y suramericanos. En: Jurídica ENRED.NET, deavilaenred

ofensor y el Estado, la ofensa penal era una ofensa hacia el poder central y por ende éste se va apropiando de la sanción, la hace suya, logrando de ésta forma que la víctima vaya desapareciendo del escenario, trátase éste del derecho penal sustantivo como del derecho procesal penal.

Se puede esbozar el desarrollo de esta expulsión haciendo alusión a un hilo conductor, cual es, que conforme se fue afirmando el sistema procesal inquisitivo, así la víctima fue perdiendo protagonismo en el proceso penal.

1.3.2 La reforma liberal y la víctima. Con la instauración de la reforma liberal, si bien es cierto se avanzó en la construcción del proceso penal, al realizarse una mixtura entre el proceso inquisitivo y el proceso acusatorio, lo cierto es que en el aspecto referido a la satisfacción de los intereses de la víctima no se avanzó grandemente, la preocupación de la legislación y la doctrina se encaminó hacia la protección de los derechos del imputado dentro del proceso penal, situación que se mantiene hasta la finalización del siglo XX.

En la legislación derivativa de la reforma liberal solamente se encuentra vagamente la mención de la víctima en dos aspectos, el primero de ellos en referencia al derecho penal sustantivo, consistente en que el comportamiento de la víctima era considerado para el establecimiento de atenuantes o eximentes de la pena, sin que ello llevase a la creación de un derecho penal sustantivo desde o a partir de la víctima.

En el segundo aspecto, la posibilidad de reparación del daño dentro del proceso penal, quedó enclaustrado dentro de los estrechos límites dentro del ejercicio de la acción civil resarcitoria en sede penal, siendo que dentro de éstos límites resulta ser muy aventurado afirmar que efectivamente se da una adecuada satisfacción a los legítimos intereses resarcitorios de las víctimas.

1.3.3 El establecimiento de los derechos de las víctimas. La investigación victimológica y la discusión consecuentemente ha originado que tanto a nivel de instrumentos internacionales como en leyes de aplicación nacional, paulatinamente se han ido prefijando los derechos de las víctimas en el proceso penal.

En este sentido, del análisis de la normativa internacional se puede establecer que la promulgación de los principios de justicia para las víctimas abarca tres aspectos generales y fundamentales a saber:

1. Acceso real de la víctima a la justicia penal
2. Asistencia a las víctimas.
3. Resarcimiento e indemnización.

1.3.4 La concretización del derecho a la indemnización. El resarcimiento es primeramente una obligación que debe pesar sobre el infractor y los responsables civiles, ahora bien en caso de que el delincuente no pueda ser identificado o no

pueda responder a esa obligación, debería surgir a cargo del Estado tal responsabilidad que debe concretarse en una obligación de indemnizar a la víctima y consecuentemente en un derecho exigible por parte del ciudadano.

Cuando se trata por parte de la doctrina de establecer cuál es el fundamento para la indemnización del daño sufrido por la víctima a cargo del Estado, se indican principalmente razones de solidaridad y de equidad social.

Por lo general suele afirmarse que no es propio de un verdadero Estado de Derecho dejar en desamparo a la víctima de un delincuente no identificado o que no puede hacerle frente a la obligación reparatoria.

Cierto sector importante de la doctrina considera que la responsabilidad estatal deriva de la obligación del Estado por garantizar la vigencia dentro de la comunidad de ciertos derechos básicos como la vida, la libertad, la dignidad y la seguridad, siendo que el delito al ser una trasgresión de esos bienes fundamentales viene a constituirse en la prueba del descuido estatal por la preservación de tales bienes propios de toda la colectividad.

Ahora bien, en los sistemas penales de avanzada, la vigencia de éste derecho indemnizatorio se ha concretizado por medio del establecimiento de leyes especiales de indemnización a víctimas por parte de fondos estatales, siendo que con el carácter de leyes modernas se señala la legislación de Nueva Zelandia

quien en 1963 fue pionera en el establecimiento de un plan y un Tribunal de Compensación, destacándose igualmente los Estados de California, Hawai, Maryland, Massachussets, Nevada y Nueva Cork, mientras que en el contexto de la Europa continental, es significativa la existencia de la Ley Francesa del 8 de Julio de 1983, la Ley Italiana de 1975, la Ley Belga del 1 de Agosto de 1985 y dentro del ámbito español merece especial referencia la Ley 35-19995 de Ayudas y asistencias a las víctimas de delitos violentos.

Como características generales de estas legislaciones y que también se pueden encontrar enunciadas en el Convenio 116 del Consejo de Europa se tienen:

El Estado asume la obligación de indemnizar únicamente cuando no exista otras fuentes que se puedan hacer cargo de tal obligación, aunque no se puede proceder y sancionar al autor.

Los daños indemnizables se concretan a las lesiones corporales graves o daños en la salud, provenientes directamente de delitos intencionales de violencia, quedan por ende excluidos los daños materiales.

Los beneficiarios están taxativamente establecidos por la legislación, y son únicamente los ofendidos directos o en caso de muerte las personas que vivían a cargo del fallecido.

El contenido de la indemnización se encuentra claramente establecido y comprende principalmente, como elementos del perjuicio, pérdidas de ingresos, gastos médicos, hospitalización, gastos funerarios y pérdidas de alimentos. La indemnización es de carácter subsidiario y solo entra en juego a falta de otros fondos indemnizatorios.

El Estado se reserva la posibilidad de subrogación sobre los montos dados como indemnización en caso de que el ofendido recupere parte de lo dado por el Estado en razón del cobro de algún seguro u una acción civil.

1.4 TEORIA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

De acuerdo a los razonamientos que se han venido realizando todo delito produce un trastorno o daño público, que da nacimiento a la acción penal y puede ocasionar un trastorno o daño privado que da origen a la acción civil.

Hecha la observación anterior el delito es un derecho e, incluso, como dicen otros, una obligación para el Estado, de adelantar la investigación y el juzgamiento de la conducta que se estima delictiva. En este mismo orden y dirección la acción civil es la facultad o derecho que tienen los perjudicados con el delito de pretender la indemnización por los daños ocasionados con la conducta y de intervenir en el proceso con tal fin.

Como puede observarse el delito es una de las fuentes de las obligaciones, al tenor del artículo 1494 del Código Civil y, por ello, “quien ocasiona un daño o lesiona los derechos e intereses de otra persona, por dolo o culpa, está en la obligación de indemnizarla, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 2341, 2356 y siguientes del mismo Código Civil y así lo establece expresamente el artículo 94 del Código Penal”¹⁹.

En este propósito la acción civil se fundamenta en la comisión de un hecho o conducta que ocasiona daño o perjuicio a otra persona y puede ser individual o colectivo. Es determinante para la responsabilidad civil, que origina la acción civil, que se dañe o lesione un derecho o interés ajeno. El hecho dañoso puede ser ocasionado, entonces, por un hecho o acto delictivo o por un hecho o acto no delictivo.

Hecha la observación anterior, hay delitos que no dan lugar a la acción civil porque no ocasionan daño, lesión, perjuicio patrimonial o afectivo, como la fuga de presos, la falsificación de monedas, la traición a la patria, entre otros.

Ante la situación planteada, hay otros que ocasionan no solo el daño público que origina la acción penal, sino también el daño privado, particular o colectivo, que origina la acción civil.

¹⁹ Congreso de la República de Colombia. Código Civil. Bogotá, 2001

Cabe agregar, que la legislación colombiana, así como en la francesa y la italiana, permite que la acción civil que debe adelantarse contra el responsable de un hecho delictivo con el que se ha causado daño en busca del pago de la indemnización, se pueda ejercer dentro o fuera del proceso penal. Incluso, por los mismos motivos autoriza vincular al proceso penal al tercero civilmente responsable, quien no tiene responsabilidad penal pero sí responsabilidad civil, para que responda civilmente como garante del proceso.

Por las consideraciones anteriores, existen tres posiciones de la doctrina en el derecho comparado. La anglosajona, en la cual el juez penal se dedica a juzgar penalmente el delito y solo se pronuncia en relación con la responsabilidad penal, pues los efectos civiles deben discutirse ante los jueces civiles.

La segunda es la posición de la legislación española, en la cual el juez penal no solo investiga y juzga los aspectos penales, sino también los civiles que son consecuencia del delito y por ello puede pronunciarse en relación con la responsabilidad penal y la civil del procesado sin que para ello se exija una sentencia condenatoria penal: puede absolverse penalmente pero si encuentra establecida la responsabilidad civil del procesado puede declararla.

La tercera, autoriza al juez penal a pronunciarse sobre los aspectos civiles del delito, pero solo cuando se haya establecido que existe un responsable penal. Esto significa que si se absuelve penalmente, no puede ni debe pronunciarse

sobre los aspectos civiles del delito ni contra el procesado ni contra el tercero civilmente responsable²⁰.

El juez penal tiene competencia para pronunciarse sobre las consecuencias civiles en contra del procesado y del tercero civilmente responsable, siempre y cuando se haya emitido el sentido del fallo que declare la responsabilidad penal del acusado. Esta posición es la que ha adoptado el legislador colombiano ratificado por la ley 906 de 2004, en el incidente de reparación integral.

1.4.1 Características de la acción civil. La acción civil, a diferencia de la penal, es privada, patrimonial, contingente y voluntaria. En este propósito es privada porque corresponde, en principio, al perjudicado y a sus herederos si aquel es persona natural; es patrimonial, pues aunque afecte intereses o derechos extramatrimoniales, la indemnización se concreta en una suma de dinero y, por tanto, puede ser negociada. Por ser una acción patrimonial es desistible, transable y conciliable.

De igual forma decimos que es contingente, pues puede nacer o no, ya que se requiere que exista un daño privado o colectivo, concreto. Si el delito no ocasiona un daño patrimonial, afectivo o funcional a una persona natural o jurídica, o a un

²⁰ Artículos jurídicos en Derecho.com (Título: La reparación penal. Autor: ENRIQUE OCROSPOMAPELLA, Doctorando por la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona y Profesor de Derecho penal de la Universidad Gracilazo de la Vega). Fecha: Septiembre de 2002.

interés colectivo, no nace la acción civil dentro del proceso penal a pesar de que nazca la acción penal y el proceso se lleve hasta la sentencia final.

Es voluntaria, en el sentido de que el perjudicado con una infracción penal puede o no intentarla, en o por fuera del proceso penal.

1.4.2 Titulares para ejercer la acción civil a través del Incidente de Reparación Integral.

La víctima en el contexto colombiano a través de la historia legislativa ha estado presente y siempre ha sido identificada con lo relativo a los perjuicios, así se observa desde el Código de 1837, Código Judicial de 1887, Ley 169 de 1896, artículo 113 de la Ley 57 de 1887, Código de 1890, legislación sustantiva de 1936, procesal penal de 1938, Código de Procedimiento Penal de 1971 (Decreto 409), Código de Procedimiento Penal de 1987 (Decreto 050), Decreto 2700 de 1991 y la Ley 600 de 2000²¹.

Un gran avance dentro del nuevo esquema de proceso acusatorio se desprende en lo referente al tratamiento y a los derechos que le asisten a la víctima. Todo esto se amplió en la aplicación del nuevo sistema penal acusatorio, que se viene implementado desde el 1 de enero de 2005 en nuestro país.

Ya únicamente no es la persecución de la indemnización sino que se le atribuyen otras facultades y derechos, es así que se establece como principio fundamental, y como institución propia dentro del sistema penal acusatorio, la justicia

²¹ Op.Cit. GONZALEZ NAVARRO, Antonio Luís. p.414

restaurativa, la cual busca, un efectivo restablecimiento del derecho no solo frente a la víctima sino ante la comunidad por el ilícito cometido.

En desarrollo de esta figura se desprenden figuras como: la conciliación pre-procesal, para delitos querellables, y la mediación para el resto de delitos.

“Se entiende por víctimas las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido daño como consecuencia del injusto. (Artículo 132 Ley 906 de 2004)”²²

La condición de víctima se tiene con independencia de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al autor del injusto e independientemente de la existencia de una relación familiar con éste.

En Colombia, por efecto del cambio constitucional, se pasó de la mera posibilidad de reconocimiento del daño a la víctima, por virtud de las condenas in genere, que obligaba a adelantar proceso civil, separado para que se liquidará su monto, a la posibilidad de mayor garantía para el perjudicado cuando se creó la obligación de resolver en el proceso penal y entre otros temas extrapenales la solicitud de la indemnización, sumado a esto el reconocimiento de los derechos de verdad y justicia.

²² Congreso de la República de Colombia. Código de procedimiento penal Ley 906 de 2004

La Ley 906 de 2004 eleva a la categoría de norma rectora los derechos de las víctimas (artículo 11) y el derecho a la igualdad al interior del proceso, predicándose la obligación de los servidores judiciales de hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal, entre esos intervinientes o partes se encuentra la víctima, sin hesitación alguna.

Muchas veces, el perjudicado no está en condiciones de informar a su apoderado todos los datos que se requieren para presentar la demanda o los que brinda no son confiables por algún motivo; o no hay certeza sobre si es más conveniente iniciar la acción civil dentro o fuera del proceso penal. Por ello, con la aplicación de la Ley 600 de 2000 se acostumbraba a que el perjudicado otorgara un poder al profesional del derecho para que “se constituyera en parte civil en su nombre” y con ello podía tener acceso al expediente y obtener información cierta que le permitiera decidir si era más conveniente para el perjudicado intentar la reclamación por la vía ordinaria civil o constituirse en parte civil en el proceso penal.

En este último caso debía presentar una demanda que se ajuste a las exigencias legales con fundamento en la información que obtenga. Con ese poder, que el perjudicado debe presentar personalmente al despacho judicial o autenticar oportunamente, el profesional del derecho puede tener acceso al expediente para tomar datos e informaciones, pero no podrá actuar sin haber presentado y haber sido aceptada la correspondiente demanda de constitución de parte civil. “Así lo

consagro expresamente el inciso 10 del artículo 48 de la Ley 600 de 2000, y se le exigía la reserva sumarial”²³.

Un mismo apoderado podía atender las pretensiones de diferentes personas que se constituyeran en parte civil, siempre que sus intereses no se opusieran, como también cada uno podía designar su apoderado especial.

Todos los apoderados de la parte civil, cualquiera sea su número, tienen los mismos derechos, con la sola excepción de la intervención en la audiencia pública, pues en ella no puede actuar un número mayor al de defensores.

Si el perjudicado es una persona jurídica adjuntará, al poder o a la demanda, el certificado de la cámara de comercio, si fuera una sociedad o una corporación o entidad sin ánimo de lucro, para demostrar la existencia y representación legal de la persona jurídica. Asimismo, quien figure como representante legal debe firmar el poder y presentarlo personalmente ante el funcionario judicial.

Si quien pretende constituirse en parte civil como heredero, debe acreditar su condición de tal mediante los registros civiles correspondientes (de nacimiento, de matrimonio, de defunción, entre otros según el caso).

²³ Ibid. p.254

1.4.3 Trámite de la demanda de parte civil. Debe ser presentada personalmente por el perjudicado o por el apoderado especial designado para tal fin, debe ser estudiada por el fiscal o juez, según el momento procesal en que se presente, quienes tienen tres días para pronunciarse sobre ella. Pueden rechazarla, devolverla para que se corrija, o admitirla.

Se rechaza la demanda cuando falta personería en quien intenta constituirse en parte civil, la falta de personería puede ser sustantiva o adjetiva.

Cuando no se demuestra la titularidad de la acción o del derecho hay falta de personería sustantiva, hay falta de personería adjetiva cuando quien esta actuando a nombre de otro no reúne los requisitos que la Ley exige.

Se rechaza la demanda cuando se establece que se ha promovido, ante la manifestación civil de la jurisdicción ordinaria, la acción indemnizatoria contra las mismas personas que aparecen vinculadas al proceso penal como sindicada o como terceros civilmente responsables, por los mismos hechos.

Cuando se establece que ya se pagó la indemnización o se reparó en cualquier otra forma el daño ocasionado, o se concilió, se transó o se arregló amigablemente. En este caso, si por error o desconocimiento se admite la demanda de parte civil, el juez no podrá condenar al pago de la indemnización y si

lo hace esa condena no tendrá validez jurídica, es decir, no tendrá efectos jurídicos.

Se rechaza la demanda cuando se dirige contra terceros y la acción civil ha prescrito o ha caducado, teniendo en cuenta, cuando se trata de personas naturales, la prescripción especial de los tres años. Si los terceros civilmente responsables son personas jurídicas, la prescripción es de veinte años. En cualquier momento posterior a su aceptación en que se acredite alguna de las circunstancias que originan el rechazo, mediante providencia interlocutoria, se declarará terminada la actuación civil dentro del proceso penal.

1.5 CONCEPTO DE REPARACIÓN INTEGRAL

En el nuevo sistema penal acusatorio que rige en la República de Colombia desde el 1 de enero del año 2005. El legislador a través de la Ley 906 de 2004, señala una serie de garantías, derechos y deberes de la víctima, se puede decir que en todos estos enunciados está consolidado el rol de la víctima en el proceso penal y casi todos los postulados tienen la orientación invocada precedentemente.

Las víctimas tiene la fortuna de obtener una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor o partícipe del injusto o de los terceros llamados a responder en los términos de la ley 906 de 2004.

Si la indemnización es una obligación nacida del delito, se sigue que los presupuestos fácticos de la existencia del hecho punible, son los mismos del daño, del que proviene el perjuicio cuya valoración depende de las circunstancias inherentes a él, desde el punto de vista de su naturaleza material o moral, cuantía y extensión.

El delito es un acto jurídico ilícito, el efecto del mismo es el daño público y el daño privado. En efecto, el delito supone la lesión del bien jurídico protegido y así su titular es la víctima. En muchos delitos ese titular es un sujeto de derecho público como el Estado, pero en la mayoría de los delitos ese particular es un sujeto particular. Cuando se trata de un sujeto de derecho público se le encomiende al Ministerio Público la pretensión de resarcimiento, pero es de derecho natural que cuando el titular del derecho violado es un particular sea éste el dueño o sujeto titular de la pretensión de resarcimiento o su heredero o su representante legal.

El Estado tiene, por todo esto, un interés en que el daño sea resarcido del modo más rápido posible y en toda su extensión. La sanción civil se dirige con la penal hacia un mismo fin: la tutela del orden social. Y un resarcimiento rápido no solo satisface la víctima e impide la venganza privada, sino que satisface más ampliamente a la conciencia pública.

La Ley 906 de 2004 estipula a tres partes como titulares para promover el incidente de reparación integral: la víctima, la fiscalía y el Ministerio Público;

empero eso está alejado de la realidad sustantiva en cuanto a la titularidad para solicitar la declaración de responsabilidad civil, pues el incidente de reparación integral es el mecanismo procesal para lograr que se declare por parte del juez competente la responsabilidad civil, es decir que se reparen integralmente los perjuicios causados con la conducta punible, por lo tanto es imperioso dejar en claro que una vez anunciado el sentido del fallo, lo que se busca es la declaración de la responsabilidad civil en el proceso penal y eso se hace es a través del incidente de reparación integral, por lo cual la interpretación idónea, sistemática y teleológica apunta a definir quiénes son los titulares para reclamar la responsabilidad civil. El incidente de reparación integral es un mecanismo para buscar a través de la pretensión que se declare la responsabilidad civil.

Luego de anunciado el sentido del fallo o sea la responsabilidad penal del condenado, lo que se persigue es la declaratoria de la responsabilidad civil, y eso se ejercita a través de un mecanismo que remplace “la demanda de parte civil”, conocido en el esquema procesal acusatorio como “incidente de reparación integral”.

1.6 LEY 1395 DE JULIO DE 2010

En la actualidad con las nuevas medidas en materia de descongestión judicial o la Ley 1395 de 2010.

El artículo 102 de la Ley 906 de 2004 quedará así:

Artículo 102. Procedencia y ejercicio del incidente de reparación integral. En firme la sentencia condenatoria y, previa solicitud expresa de la víctima, o del fiscal o del Ministerio Público a instancia de ella, el juez fallador convocará dentro de los ocho (8) días siguientes a la audiencia pública con la que dará inicio al incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta criminal y ordenará las citaciones previstas en los artículos 107 y 108 de este Código, de ser solicitadas por el incidentante²⁴.

Una vez instalada la audiencia del incidente de reparación integral, se le presenta al juez competente la pretensión para que este funcionario judicial en una providencia declare la responsabilidad civil del condenado y el tercero civil, previa presentación y práctica de medios probatorios y oportunidad de alegatos por los intervinientes, en dicha decisión se debe definir cuáles fueron los perjuicios causados y probados producto de la conducta punible y las cuantías para reparar integralmente y si es viable otro tipo de reparación distinta a lo patrimonial, además si participa una compañía de seguros definir estrictamente el monto que respalda la reparación integral consecuente con la póliza para amparar responsabilidad civil.

La decisión que pone fin al mecanismo incidente de reparación integral declara la responsabilidad civil, y ésta se debe integrar a la sentencia de responsabilidad penal.

²⁴ Congreso de la República de Colombia. Ley 1395 de 2010. Bogotá, Julio 12 de 2010.

En la Ley 906 de 2004 se desarrolla el incidente de reparación integral a través de los artículos 102 a 108, este mecanismo de justicia restaurativa que se inserta dentro de los cambios que este nuevo modelo de investigación y enjuiciamiento procesal penal, introduce sobre la posición de la víctima dentro del proceso, la cual abandona su condición de parte para convertirse en un interviniente dentro de la actuación.

Aunque las víctimas del injusto, en ejercicio de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación pueden intervenir en todas las fases de la actuación penal, sin necesidad de apoderado, hasta la audiencia preparatoria, es el incidente de reparación integral, el cual se surte ante el juez de conocimiento una vez establecida la responsabilidad penal del acusado, el escenario central para la garantía de sus derechos de reparación integral y adecuada.

La reclamación de la víctima dentro del proceso penal, a diferencia de los regímenes procesales anteriores a la Ley 906 de 2004, no exige una demanda de parte civil. Es suficiente la solicitud expresa de la víctima, del fiscal o del Ministerio Público a instancias de aquélla, para que el Juez de conocimiento, una vez ha proferido el fallo declaratorio de responsabilidad, abra de inmediato el incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta punible el cual debe someterse al trámite de la audiencia oral.

El incidente de reparación integral, le permite al Juez de conocimiento un amplio margen de maniobrabilidad orientado a propiciar, a esta altura del proceso, una conciliación entre víctima y sentenciado acerca de la pretensión de reparación integral. Así, si en una primera audiencia fracasa en el propósito conciliatorio, puede convocar a una segunda audiencia para insistir en la búsqueda del acuerdo conciliatorio que ponga fin al incidente; de concretarse, se incorporará a la decisión condenatoria.

En caso contrario corresponderá al juez decidir sobre la pretensión, teniendo en cuenta las pruebas presentadas por los interesados y los argumentos expuestos a favor de sus pretensiones. La decisión se adoptará en la misma audiencia, y se incorporará a la sentencia de responsabilidad penal.

2. LA REPARACION EN EL DERECHO COMPARADO Y TRIBUNALES INTERNACIONALES

No es posible lograr la justicia sin la verdad. No es posible llegar a la reparación sin la justicia.

Dentro de los principios adoptados por la comunidad internacional se propende por el respeto hacia los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, que se reconocen a las víctimas de los delitos graves según el derecho internacional.

Los principios adoptados por la comunidad internacional propenden por el respeto hacia los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, que se reconocen a las víctimas de los delitos graves según el derecho internacional.

En este sentido, la verdad, la justicia y la reparación se erigen como bienes cardinales de toda sociedad que se funde en un orden justo y de pacífica convivencia, entre los cuales median relaciones de conexidad e interdependencia, de manera tal que: No es posible lograr la justicia sin la verdad. No es posible llegar a la reparación sin la justicia.

Naciones Unidas ha señalado que en Colombia, el ejercicio del derecho a obtener reparación por parte de las personas que han sufrido daño, puede lograrse directamente o por conducto del Alto Comisionado.

Lo anterior se puede lograr mediante la restitutio in integrum, o reposición de la situación a su estado original; la indemnización o reparación por equivalencia en dinero, y la satisfacción o reparación moral. Así, en orden a la reparación se impone la regla consuetudinaria según la cual “toda violación de un derecho humano da lugar a un derecho de la víctima o sus derechohabientes a obtener reparación, el cual implica el deber del Estado de reparar y el derecho de dirigirse contra el autor”.

Por lo manifestado, el derecho a obtener reparación es de carácter integral, pues deberá abarcar todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima. Entre otras cosas comprenderá: Medidas individuales de reparación relativas al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación, al igual las medidas de satisfacción de alcance general.

La defensa de los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación, ha provocado por parte de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos la formulación de unos criterios garantistas, tales como la obligación de todo Estado de adoptar medidas eficaces para impedir que la impunidad favorezca a los responsables de la comisión de delitos graves conforme al derecho internacional; el deber del Estado de abstenerse de introducir en su normativa penal disposiciones cuya aplicación traiga como resultado la sustracción de los responsables de tales delitos a las consecuencias jurídicas de sus actos y, que la impunidad no solo se da cuando el

autor de un delito escapa a su procesamiento penal, sino también cuando al ser declarado culpable es sancionado con penas no proporcionales a la naturaleza y a la gravedad de la conducta punible perpetrada.

La defensa del derecho a obtener reparación por el daño padecido ofrece importantes sentencias de tribunales internacionales:

2.1 ONU TRIBUNALES INTERNACIONALES

Con respecto a la ONU se han desprendido cualquier tipo de documentos de los se destacan entre otros:

Artículo 9(...)

Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.

Convención contra la Tortura y otros tratados o penas crueles, inhumanos o degradantes. Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984. entrada en vigor: 26 de junio de 1987, de conformidad con el artículo 27.

Artículo 14

Todo Estado Parte velará por que su legislación garantice a la víctima de un acto de tortura la reparación y el derecho a una indemnización justa y adecuada, incluidos los medios para su rehabilitación lo más completa posible. En caso de muerte de la víctima como resultado de un acto de tortura, las personas a su cargo tendrán derecho a indemnización.

Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a cualquier derecho de la víctima o de otra persona a indemnización que pueda existir con arreglo a las leyes nacionales.

Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985

Acceso a la justicia y trato justo

“Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional”.

Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. Aprobada por la Asamblea General en su Resolución 47/133 de 18 de diciembre de 1992

Artículo 19

Las víctimas de actos de desaparición forzada y sus familiares deberán obtener reparación y tendrán derecho a ser indemnizadas de una manera adecuada y a disponer de los medios que les aseguren una readaptación tan completa como sea posible. En caso de fallecimiento de la víctima a consecuencia de su desaparición forzada, su familia tendrá igualmente derecho a indemnización²⁵.

2.2 NORTEAMERICANO

En los Estados Unidos, la condena a la indemnización de perjuicios se hace por fuera del proceso penal en un proceso civil diferente. La mayoría de las constituciones estatales reconocen como parte del derecho a la reparación las víctimas el pago de daños compensatorios y el pago de daños punitivos, que pueden superar en mucho los perjuicios materiales y morales efectivamente

²⁵ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, A.G. res 2200^a (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No 16) p.52, ONU. A/6316, 999 U.N.T.S. 171, entrada en vigor 23 de marzo de 1976.

causados y respecto de los cuales hasta ahora, por regla general, no existe un límite máximo. Para garantizar el pago de los perjuicios también se ha acudido a la creación de fondos para el pago a las víctimas de los daños compensatorios y, por lo general, de dicho fondo se excluye el pago de daños punitivos.

De lo anterior, se aprecia la tendencia del derecho internacional y del derecho comparado hacia reconocer la importancia de la reparación integral de los perjuicios causados con el hecho punible. Ello ha llevado a que en algunos países se prevean mecanismos alternativos que aseguren a las víctimas una reparación integral de los daños sufridos, en especial en el evento en el que el condenado no esté en capacidad de reparar los daños, y cuando se trata de delitos violentos y de graves violaciones a los derechos humanos.

Al fin de corregir el carácter ilimitado que tradicionalmente han tenido este tipo de daños, varios estados han introducido criterios para su valoración. Así por ejemplo, en Colorado, en principio, los daños punitivos deben ser iguales a los daños reales; en Connecticut pueden representar dos veces los compensatorios en casos de responsabilidad por productos defectuosos; en Delaware los daños punitivos pueden ser equivalentes a tres veces los compensatorios, con un límite máximo de U\$. 250.000; en Florida, Illinois e Indiana, en general, los daños punitivos pueden representar hasta tres veces los daños compensatorios; en Minnesota se requiere una relación razonable entre ambos; en New Jersey se

admiten daños punitivos hasta cinco veces mas que los daños compensatorios hasta una suma de U\$S.250.000.

Actualmente el Incidente de Reparación Integral de víctimas en Colombia juega un papel de poca importancia. Muchos prefieren realizar antes de las etapas preprocesales e incluso procesales conciliaciones o preacuerdos que conllevan a una forma práctica entre víctima y victimario.

En el Perú, por ejemplo uno de los problemas observados en el sistema de justicia penal es sin duda el no pago de la reparación civil a los agraviados, el sistema penal procesal del Perú, presenta múltiples deficiencias, siendo una de las más graves es que es absolutamente excluyente de la víctima.

Los procesos se desarrollan sin que la víctima participe activamente en el y ello tiene sus consecuencias al momento de emitir una sentencia. Ciertamente existe un porcentaje de procesos penales que terminan con una sentencia condenatoria en contra del procesado y como consecuencia de ello se le termina aplicando una pena privativa de libertad efectiva o condicional. En todos los casos los jueces ordenan el pago de una reparación civil que el condenado esta obligado a pagar a quien afecto con su delito²⁶.

²⁶ CASTILLO ALAVA, Vid. Las consecuencias jurídico-económicas del delito, Lima, 2001, p.274; ZUÑIGA RODRIGUEZ, “Las consecuencias accesorias aplicables a las persona jurídicas del art 105 COP: Principales problemas de aplicación”, Anuario de derecho penal, Hurtado Pozo, (dr), Lima, 2003, p. 474.

Pero en el Perú, la pregunta que todos se hacen es: ¿alguien paga la reparación civil?, la respuesta es que nadie o casi nadie la paga.

Las razones son muchas, en la normatividad procesal penal, no están regulados la forma y el plazo en que el condenado debe efectuar el pago. Existe una cultura judicial que dice que eso no es importante y por ello, cuando algunos agraviados reclaman el pago, los jueces le dan poca o nula importancia, amparándose en que no hay normas que obliguen a los condenados penalmente a pagar.

Además, de lo anteriormente expuesto se argumenta que los procesos penales suelen ser tan largos y onerosos que los agraviados abandonan el caso. Por otro parte los jueces establecen la reparación civil a su libre albedrío, normalmente el monto económico señalado esta muy por debajo del daño cometido.

Como lo señala el Código penal peruano no se requiere que la consecuencia accesoria esté prevista en los tipos penales de parte especial. El Código penal peruano de 1991.

2.3 TRIBUNAL EUROPEO

La Directiva es una norma jurídica de Derecho comunitario que vincula a los Estados de la Unión o, en su caso, al Estado destinatario en la consecución de resultados u objetivos concretos en un plazo determinado, dejando, sin embargo,

a las autoridades internas competentes la debida elección de la forma y los medios adecuados para tal fin.

La Directiva 2004/80/CE del Consejo de la Unión Europea del 29 de abril de 2004 se refirió a la víctima de delitos de los Estados miembros, visto el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y en particular el artículo 308.

Vista la propuesta de la Comisión, del Parlamento Europeo y el dictamen del Comité Económico y Social Europeo, realizaron las siguientes consideraciones:

1. Que uno de los objetivos de la Comunidad Europea es suprimir, entre los Estados miembros, los obstáculos a la libre circulación de personas y servicios.
2. El Tribunal de Justicia falló en el asunto Cowan que cuando el Derecho comunitario garantiza a una persona física la libertad de desplazarse a otro Estado miembro, la protección de la integridad de esta persona en el Estado miembro de que se trata, en pie de igualdad con los nacionales y con las personas que residen en él constituye el corolario de esta libertad de circulación.
3. En su reunión de Tampere del 15 y 16 de octubre de 1999, el Consejo Europeo pidió que se elaboraran normas mínimas sobre protección de las víctimas de delitos, en particular, sobre el acceso de las víctimas de delitos a la justicia y sus derechos a una indemnización por daños y perjuicios, incluidas las costas.
4. El 15 de marzo de 2001, el Consejo adoptó la Decisión marco 2001/220/JAI relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal. Esta decisión, basada en el título VI del Tratado de la Unión Europea, permite a las víctimas de delitos solicitar una indemnización al delincuente en el curso del proceso penal.
5. Las víctimas de delitos en la Unión Europea deberían tener derecho a una indemnización justa y adecuada por los perjuicios sufridos, con independencia del lugar de la Comunidad Europea en que se haya cometido el delito.

6. La Directiva establece un sistema de cooperación para facilitar el acceso a la indemnización a las víctimas de delitos en situaciones transfronterizas, que deberían basarse en los regímenes de los Estados miembros para indemnizar a las víctimas de delitos dolosos violentos cometidos en sus respectivos territorios. Así pues, deberá crearse un mecanismo de indemnización en todos los Estados miembros.
7. A menudo las víctimas de delitos no pueden obtener la indemnización del delincuente, puesto que éste puede carecer de los medios necesarios para cumplir una sentencia por daños y perjuicios o porque no puede ser identificado ni condenado.
8. El sistema debe incluir las disposiciones necesarias para permitir que la víctima del delito encuentre la información que necesita para presentar la solicitud y para permitir una cooperación eficiente entre las autoridades participantes²⁷.

Sobre el derecho a presentar una solicitud en el Estado miembro de su residencia:

Los Estados miembros garantizarán que, cuando se haya cometido un delito doloso violento en un Estado miembro distinto del Estado miembro en donde el solicitante de una indemnización tiene su residencia habitual, éste tendrá derecho a presentar la solicitud ante una autoridad o ante cualquier otro organismo de este último Estado miembro.

Sobre la responsabilidad del pago de la indemnización; abonará la indemnización la autoridad competente del Estado miembro en cuyo territorio se cometió el delito.

Acerca de las autoridades responsables y procedimientos administrativos: Los Estados miembros establecerán o designarán una o varias autoridades u otros

²⁷ Diario Oficial de la Unión Europea. L.261/5 del 29 de Abril de 2004. Sobre indemnización de Víctimas y delitos.

organismos, en lo sucesivo denominados “autoridad o autoridades de asistencia”, responsables de la aplicación de la solicitud.

Los Estados miembros velarán porque los posibles solicitantes tengan acceso a la información fundamental sobre las posibilidades de solicitar una indemnización por todos los medios que los Estados miembros consideren adecuados.

La autoridad de asistencia ofrecerá al solicitante, a petición de éste, orientación general e información sobre el modo en que ha de cumplimentarse la solicitud y sobre la documentación acreditativa que pueda precisarse. Las normas sobre el acceso a una indemnización en situaciones transfronterizas establecidas por la presente Directiva se aplicarán basándose en los regímenes de los Estados miembros para la indemnización de las víctimas de delitos dolosos violentos cometidos en sus respectivos territorios.

Todos los Estados miembros garantizarán que sus normas nacionales establecen la existencia de un régimen de indemnización para las víctimas de delitos dolosos violentos cometidos en sus respectivos territorios, que asegure a las víctimas una indemnización justa y adecuada.

En otro orden de ideas la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea del 15 de marzo de 2001 consideró entre otros aspectos:

- a. Las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere de los días 15 y 16 de octubre de 1999, en particular su punto 32, establecen que deberán elaborarse normas mínimas sobre la protección de las víctimas de los delitos, en particular sobre su acceso a la justicia y su derecho a ser indemnizadas por los daños sufridos, también por lo que respecta a los gastos judiciales. Además, deberán crearse programas nacionales para financiar medidas, tanto públicas como no gubernamentales, de asistencia y protección de las víctimas.
- b. Conviene que los Estados miembros aproximen sus disposiciones legales y reglamentarias en la medida necesaria para realizar el objetivo de ofrecer a las víctimas de delitos un elevado nivel de protección, con independencia del Estado miembro en que se encuentren.
- c. Es importante cencebir y tratar las necesidades de la víctima de forma integrada y articulada, evitando soluciones parciales o incoherentes que puedan acarrear una victimación secundaria.
- d. Las medidas de ayuda a las víctimas de delitos, y en particular las disposiciones en materia de indemnización y de mediación, no afectan a las soluciones que son propias del proceso civil.
- e. Es necesario armonizar las normas y prácticas en lo que respecta al estatuto y a los principales derechos de la víctima, presentando especial atención al respeto de su dignidad, a su derecho a declarar y ser informada, a comprender y ser comprendida, a ser protegida en las diversas fases de las actuaciones y a que se tenga en cuenta la desventaja de residir en un Estado miembro distinto del de la comisión del delito.
- f. Es importante la intervención de servicios especializados y organizaciones de apoyo a la víctima antes, durante y después del proceso penal.
- g. Es necesario que las personas que están en contacto con la víctima reciban una formación adecuada y suficiente, algo fundamental tanto para la víctima como par la realización de los objetivos del proceso²⁸.

La Decisión marco definió a la víctima como la persona física que haya sufrido un perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por un acto u omisión que infrinja la legislación penal de un Estado miembro.

Se entiende por Organización de apoyo a la víctima: la organización no gubernamental constituida en un Estado miembro y cuyas actividades de apoyo a

²⁸ Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea del 15 de marzo de 2001

las víctimas de delitos, sean gratuitas y ejercidas en condiciones adecuadas, sean complementarias de la actividad del Estado en este ámbito.

El proceso penal es el prescrito en la legislación nacional aplicable.

Las actuaciones: en sentido lato, además del proceso penal, todos los contactos que la víctima establezca, como tal, con cualquier autoridad, servicio público u organización de apoyo a la víctima en relación con su causa, antes, durante o después del proceso penal. La mediación en causas penales: la búsqueda, antes o durante el proceso penal, de una solución negociada entre la víctima y el autor de la infracción, en la que medie una persona competente.

Los Estados miembros reservarán a las víctimas un papel efectivo y adecuado en su sistema judicial penal. Seguirán esforzándose por que las víctimas sean tratadas durante las actuaciones con el debido respeto a su dignidad personal, y reconocerán sus derechos e intereses legítimos en particular en el marco del proceso penal.

Los Estados miembros garantizarán a la víctima la posibilidad de ser oída durante las actuaciones y de facilitar elementos de prueba. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que sus autoridades sólo interroguen a la víctima en la medida necesaria para el proceso penal.

Los Estados miembros garantizarán que la víctima tenga acceso, en particular desde el primer contacto con las autoridades policiales, por los medios que consideren adecuados y, cuando sea posible en lenguas de comprensión general, a la información pertinente para la protección de sus intereses.

Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar, al menos en el caso de que pueda existir un riesgo para la víctima, que en el momento de la puesta en libertad de la persona inculpada o condenada por la infracción, se pueda decidir, en caso necesario, informar de ello a la víctima.

Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para reducir cuanto sea posible las dificultades de comunicación que afecten a la comprensión y a la participación de la víctima en las fases importantes del proceso penal, cuando ésta sea testigo o parte en las actuaciones, en términos comparables a los aplicables al procesado.

Los Estados miembros, con arreglo a las disposiciones nacionales aplicables, darán a la víctima, cuando ésta sea parte o testigo, la posibilidad de que le sean reembolsados los gastos que le haya ocasionado su participación legítima en el proceso penal.

Los Estados miembros garantizarán un nivel adecuado de protección a las víctimas y, si procede, a sus familiares o personas en situación equivalente, por lo

que respecta a su seguridad y a la protección de su intimidad, siempre que las autoridades competentes consideren que existe un riesgo grave de represalias o claros indicios de una intención clara de perturbar su vida privada.

Los Estados miembros garantizarán, cuando sea necesario proteger a las víctimas, y sobre todo a las más vulnerables, de las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública, que éstas puedan, por resolución judicial, testificar en condiciones que permitan alcanzar ese objetivo, por cualquier medio adecuado compatible con los principios fundamentales de su Derecho. Los Estados miembros garantizarán a la víctima de una infracción penal el derecho a obtener en un plazo razonable y en el marco del proceso penal una resolución relativa a la indemnización por parte del autor de la infracción, salvo cuando la legislación nacional disponga que, para determinados casos, la indemnización se efectúe por otra vía.

Los Estados miembros adoptarán las medidas pertinentes para propiciar que el autor de la infracción indemnice a la víctima adecuadamente. Los Estados miembros velarán porque pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación en las causas penales.

2.4 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

Es evidente que la indemnización a través de la reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional en las víctimas, de los países miembros que conforman la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esto ha permitido la plena restitución, lo que incluye el restablecimiento de la situación anterior y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extramatrimoniales incluyendo el daño moral. Muchas familias que fueron objeto de maltrato por partes de miembros de los Estados que ocasionaron perjuicios y más en estos casos que señalamos.

3. ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA REPARACION EN COLOMBIA

La realización de una conducta típica, antijurídica y culpable genera responsabilidad penal para sus autores y partícipes; pero como quiera que el delito ocasiona, además, o puede causar daños al patrimonio económico y moral de quienes sufren sus consecuencias, da lugar también a una responsabilidad civil.

Cuando tales lesiones se producen, quien haya sido declarado penalmente responsable tiene la obligación legal de indemnizar todos los perjuicios ocasionados. Es este un deber de orden público, elevado a tal categoría por el Estado teniendo en cuenta razones de defensa social que inicialmente fueron postuladas por la escuela positiva.

En efecto, FERRI sostuvo:

La reparación del daño sufrido por las víctimas de delitos puede ser considerada desde tres aspectos diferentes:

- ✓ Como obligación del delincuente hacia la parte ofendida
- ✓ Como sanción con que se sustituya la pena de reclusión en los pequeños delitos cometidos por delincuentes ocasionales
- ✓ Como función social perteneciente al Estado en interés directo del particular ofendido, aunque también en interés directo y no menos real de la defensa social.
- ✓ Indemnizar los perjuicios ocasionados por el delito es compensar en dinero los daños inferidos a quienes hubieren sufrido detrimento con su realización²⁹.

²⁹ FERRY, Enrique. Sociología, Ed. McGraw. Tomo II. México, p. 125

La ley colombiana está matriculada desde muchas décadas atrás en la aceptación de que los perjuicios causados con la conducta punible deben ser reparados en forma solidaria por los penalmente responsables y los que conforme a la ley sustancial, están obligados a responder, el tercero civilmente.

Se observa claramente en la historia de Colombia que en 1.886: Colombia se reconstituyó en forma de República unitaria. El primer código Penal para esta forma republicana se expidió mediante la ley 19 del 18 de octubre de 1.890 y rigió entre el 15 de junio de 1.891 y el 31 de diciembre de 1.937.

Mediante la ley 95 del 24 de abril de 1.936 se expidió un nuevo código Penal que rigió entre el 1º de enero de 1.938 y el 28 de enero de 1.981.

En ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el Congreso de la Republica, al señor presidente por medio de la Ley 5ª, de 1.979, el gobierno Nacional expidió el código penal mediante Decreto número 100 de 23 de enero de 1.980 que, reformado ligeramente por los Decretos 141 de 25 de enero del citado año y 172 del 28 de enero mencionado, empezó a regir el 29 de enero de 1.981.

El Código de Procedimiento Penal de 1938 en los artículos 92, 93 y 95 se referían al tema de la indemnización de tal forma:

Artículo 92: En toda sentencia condenatoria por infracciones de que resulten daños o perjuicios contra alguna persona natural o jurídica se condenará solidariamente a los responsables a la indemnización de todos los perjuicios que se hayan causado.

Artículo 93: Si el delito no hubiere causado daño que pueda evaluarse pecuniariamente podrá el juez no obstante imponer la obligación de pagar una suma hasta mil pesos a favor del tesoro nacional.

Artículo 95: Cuando no fuere fácil o posible evaluar pecuniariamente el daño moral ocasionado por el delito, podrá fijar el juez prudencialmente la indemnización que responda al ofendido hasta la suma de dos mil pesos³⁰.

El legislador del año 1971 dispuso en su artículo 26:

“La condena al pago de daños y perjuicios se hará en forma genérica, cuando establecido el quebranto no aparezca demostrada su cuantía. En tal caso se señalará las bases de la liquidación, si ello fuere posible”.

De los anteriores planteamientos se deduce que la condena al pago de daños y perjuicios se hará en forma genérica o abstracta, quiere decir sin determinar una suma específica, cuando establecido el quebranto o daño, no aparezca demostrado su monto.

En este orden de ideas, se pueden citar varios artículos de la legislación procesal del año 1971, donde se exhorta al funcionario judicial a investigar sobre los perjuicios materiales y morales que se hayan causado con la conducta delictiva. De igual forma se manifiesta que el Ministerio Público tiene la obligación de solicitar al juez de la causa la designación de un perito para que evalúe los daños y perjuicios ocasionados con la acción delictual.

³⁰ Congreso de la República de Colombia. Código de Procedimiento Penal de 1938. Art 92, 93 y 94. Bogotá, 2001.

El Código de Procedimiento Penal (Decreto 409 de 1971) señala: “La sentencia ejecutoriada proferida en proceso penal, prestará mérito ejecutivo ante el juez civil para obtener el pago de la indemnización de perjuicios”; esa sentencia para cumplir esa finalidad debe estar fundada sobre una obligación de pagar en suma líquida una cantidad concreta y determinada en dinero.

El artículo 92 del Código Penal de 1936 habla de infracciones que generarán daños y perjuicios.

En toda sentencia condenatoria por infracciones de que resulten daños o perjuicios contra alguna persona natural o jurídica, se condenará solidariamente a los responsables a la indemnización de todos los perjuicios que se hayan causado.

El artículo 9 del Código de Procedimiento Penal señala: Que toda infracción de la ley penal origina acción penal y puede originar también acción civil.

La legislación sustantiva de 1936, sólo traía una fórmula alternativa para liquidar los perjuicios morales (subjetivos) no valorables pecuniariamente y esta contenida en el artículo 95, pero nada dijo sobre los perjuicios materiales que tampoco se podían valorar pecuniariamente, de eso se ocupó el Código Penal de 1980 (Decreto 100) tratando estos aspectos en los artículos 106 y 107.

La cosa juzgada de la condena al pago de perjuicios la trajo el código de 1971 en su artículo 27. Consagró la facultad en cabeza del perjudicado con el hecho punible que no se constituyó en parte civil en el proceso penal, de desconocer la eventual condena adoptada en la sentencia si no está conforme en el monto en cuyo caso queda en libertad de acudir a la justicia civil.

Significa entonces que el perjudicado que no estuvo presente como parte civil y en cuyo favor se fijó una concreta suma para resarcir sus perjuicios desconocer ese fallo e iniciar otro proceso civil con idéntico propósito es obligar al penalmente responsable a someterse a otro proceso para ser juzgado por los aspectos civiles derivados el hecho punible.

Cabe agregar que las legislaciones de 1936 y 1971 manifiestan la figura del mérito ejecutivo que presta la sentencia penal condenatoria de manera distinta a como lo tratan los legisladores de 1987 y de 1991 (Decreto 2700).

Se habla sobre el “Desembargo por falta de demanda ejecutiva”; si no se presenta dentro de los dos meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia condenatoria, la demanda para liquidar la condena en abstracto o iniciar ante el juez civil el juicio ejecutivo correspondiente, el juez del proceso decreta de plano el desembargo de los bienes embargados o secuestrados preventivamente.

Los legisladores del año 1987 le dan un tratamiento distinto a esta situación “la sentencia que condena al pago de perjuicios, una vez ejecutoriada, prestará merito ejecutivo ante los jueces civiles.

En este mismo orden y dirección el Decreto 2700 de 1991 introdujo otros aspectos como avances de la dogmática civil dentro del proceso penal. El juez civil puede decretar y practicar nuevos embargos y secuestros de otros bienes.

Con respecto al remate de bienes producto del mérito ejecutivo “se aplicará a los bienes afectados por comiso que deban destinarse a la cancelación de los perjuicios”.

El legislador de 1987 a través del Decreto 050 de enero 13 (Código de Procedimiento Penal) trajo un avance a favor de las víctimas de los delitos, ordenar la condena de perjuicios en concreto.

El Decreto 2282 de 1989 del 1º de junio de 1990, introdujo por medio de los artículos 307 y 308 la obligación que tiene el juez de concretar las sentencias condenatorias que imponen obligaciones indemnizatorias.

“La condena al pago de frutos, intereses, mejoras, perjuicios u otra cosa semejante se hará en la sentencia por cantidad y valor determinados”³¹.

³¹ Congreso de la República de Colombia. Código de Procedimiento Civil. Bogotá, 2001.

El Código Penal de 1980, Decreto 100 se refiere a los perjuicios causados con la actividad delictiva en los artículos 103 a 107.

Artículo 103: El hecho punible origina obligación de reparar los daños materiales y morales que de él provengan.

Esta obligación prevalece sobre cualquier otra que contraiga el responsable después de cometido el hecho y aún respecto de la multa”.

Artículo 105: Deben reparar los daños a que se refiere el artículo 103 los penalmente responsables, en forma solidaria y quienes de acuerdo con la ley están obligados a reparar³².

Tal como se observa a medida que la justicia sigue su curso la indemnización va buscando nuevas discusiones jurídicas.

La obligación de restituir va pasando de la acción del ofendido, en proceso civil, a igual actividad dentro del proceso penal, se incrementa su necesidad cuando se otorgan poderes concurrentes al Ministerio Público y al juez; y culmina cuando se estima una iniciativa, a este respecto, del propio ofensor, aspecto que se visualiza en el momento de la privación de la libertad, si oportunamente no se atiende a esa reparación no se cuenta con seguros adecuados que la garanticen, o, cuando se otorga al juez la facultad prudencial de determinar un monto, si no hay intervención de parte civil o no pudieron establecer su cuantía por ausencia de factores utilizables por peritos, no dudándose de su existencia real.

El artículo 107 del Código Penal responde, con mayor intensidad, a la tendencia de permitir la utilización del proceso penal como medio válido para concretar y

³² Congreso de la República de Colombia. Código Penal de 1980. Decreto 100. Art.100 a 107

conseguir la reparación de los daños y perjuicios ocasionados con el delito. En el anterior estatuto la escuela positivista ejerció en el concepto de sanción, la que podía denominarse reparadora y que tenía que ver con el resarcimiento de las secuelas patrimoniales del delito.

Hechas las consideraciones anteriores, desde el año 1979 se venía analizando el tema de la indemnización por daño material no valorable pecuniariamente.

En ese entonces se planteaba que cuando se tratará de delito contra la vida y la integridad personal, y el daño material derivado de su comisión no podrá evaluarse pecuniariamente, debido a que no existe dentro del proceso base suficiente para fijarlo por medio de peritos, el juez podrá señalar prudencialmente, como indemnización una suma que no exceda de doscientos cincuenta mil pesos. Esta tasación se haría teniendo en cuenta factores como la naturaleza del hecho, la ocupación habitual del ofendido, la supresión o merma de su capacidad productiva y los gastos ocasionados por razón de la infracción.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en casación de fecha 18 de agosto de 1995 se manifestó sobre: “El origen de la responsabilidad civil extracontractual sea la comisión de un hecho punible, y la acción indemnizatoria se ejercite dentro del proceso penal”.

Determinantemente la tasación de los perjuicios se deberá hacer conforme a las reglas establecidas en Título VI del Código Penal, según las cuales los daños materiales y morales derivados del hecho punible deben ser reparados, aún cuando no exista dentro del proceso base suficiente para fijarlos.

Además, el artículo 2341 del Código Civil consagra la obligación de indemnizar todo daño derivado del delito o culpa, sin perjuicio de la pena principal que le corresponda.

“El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”³³.

Tal como se ha visto, en relación con la reparación en el nuevo sistema penal acusatorio, que se viene aplicando en nuestro territorio colombiano.

El nuevo Código de Procedimiento Penal contenido en la Ley 906 de 2004 dentro de los derechos de las víctimas que regulan los artículos 132 a 137 se establece claramente el derecho a obtener reparación integral.

³³ Congreso de la República de Colombia. Art. 2341 Código Civil. Bogotá, 2002.

Los artículos 102 a 108 establecen los procedimientos aplicables en relación con el “ejercicio del incidente de reparación integral”, tendiente a asegurar la indemnización de la víctima.

En los artículos 82 a 101 se refieren al “comiso” y “medidas cautelares” de igual forma se establecen a su vez diferentes medidas tendientes a asegurar el derecho a la indemnización de los perjuicios causados con el delito.

Cabe agregar que dentro del Capítulo I del Libro VI que desarrolla la Justicia restaurativa el artículo 521 de la Ley 906 de 2004 incluye la conciliación en el incidente de reparación integral dentro de los mecanismos de justicia restaurativa que dicho capítulo desarrolla.

Desde el 12 de julio de 2010 se viene aplicando en todo el territorio nacional colombiano las nuevas medidas en materia de descongestión judicial o Ley 1395 de 2010.

3.2 REFORMA EN LA LEY 1395 DE 2010

Sobre la referencia del incidente de reparación integral la Ley 1395 reformo el artículo 102 de la Ley 906 de 2004. En consecuencia quedara así el articulado:

Artículo 102. Procedencia y ejercicio del incidente de reparación integral. En firme la sentencia condenatoria y, previa solicitud expresa de la víctima, o

del fiscal o del Ministerio Público a instancia de ella, el juez fallador convocará dentro de los ocho (8) días siguientes a la audiencia pública con la que dará inicio al incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta criminal y ordenará las citaciones previstas en los artículos 107 y 108 de este Código, de ser solicitadas por el incidentante.

La misma Ley 1395 se refirió sobre el artículo 103 de la Ley 906 de 2004 así: Artículo 103. Trámite del incidente de reparación integral. Iniciada la audiencia el incidentante formulará oralmente su pretensión en contra del declarado penalmente responsable, con expresión concreta de la forma de reparación integral a la que aspira e indicación de las pruebas que hará valer. El juez examinará la pretensión y deberá rechazarla si quien la promueve no es víctima o ésta acreditado el pago efectivo de los perjuicios y ésta fuera la única pretensión formulada. La decisión negativa al reconocimiento de la condición de víctima será objeto de los recursos ordinarios en los términos de este código.

Admitida la pretensión el juez la pondrá en conocimiento del condenado y acto seguido ofrecerá la posibilidad de una conciliación que de prosperar dará término al incidente. En caso contrario el juez fijará fecha para una nueva audiencia dentro de los ocho (8) días siguientes para intentar nuevamente la conciliación y de no lograrse, el sentenciado deberá ofrecer sus propios medios de prueba³⁴.

Sobre el artículo 105 dijo:

Artículo 105. Decisión de reparación integral. En la misma audiencia el juez adoptará la decisión que ponga fin al incidente, mediante sentencia.

Y del artículo 106 se refirió en estos términos:

Artículo 106. Caducidad. La solicitud para la reparación integral por medio de este procedimiento especial caduca treinta (30) días después de haber quedado en firme el fallo condenatorio.

³⁴ Congreso de la República de Colombia. Ley 1395 de 2010. Bogotá. Julio de 2010.

4. EL INCIDENTE DE REPARACION EN LA LEY 906 DE 2004

La expedición de la Constitución de 1991, significó para el derecho penal, y particularmente para el procedimiento penal, una importante transformación no solo por la creación de nuevas instituciones sino también por las sustanciales modificaciones que se dieron al interior del propio proceso.

Poco a poco se iba dando paso en el país a un proceso que estaba dando sus primeros frutos en Latinoamérica a través de su contexto, en lo concerniente a un proceso oral, público, contradictorio y de partes, conforme al cual se podían atender las demandas de justicia penal del nuevo milenio.

“En efecto el Congreso de la República en su condición de Constituyente expidió el Acto Legislativo 3 de 2002, el cual encuentra su principal desarrollo en la Ley 906 de 2004 o nuevo Código de Procedimiento Penal”³⁵.

En el sistema acusatorio colombiano se distinguen dos fases procesales:

Una etapa preprocesal, que comprende la noticia criminal, indagación, audiencia de formulación de la imputación, práctica de prueba anticipada, medidas de protección de víctimas y testigos, medidas de aseguramiento, cautelares, principio de oportunidad, preclusión y aceptación de cargos, fase de indagación e investigación en la que no se practican “pruebas” en sentido formal pero sí se

³⁵ Comisión Redactora Constitucional. Creada por el Acto legislativo 003 de 2002. Acta 007 de 28 de febrero de 2003.

recaudan importantes elementos materiales de prueba relacionados con el hecho y la responsabilidad del imputado, que deberán ser refrendados en la fase del juicio.

Una etapa procesal, donde se encuentra la acusación, audiencia de formulación de la acusación, audiencia preparatoria, audiencia de juicio oral, anuncio inmediato de fallo, audiencia de individualización de la pena, incidente de reparación integral y justicia restaurativa.

En este orden de ideas se abordara el análisis de la reparación integral que hace referencia básicamente a aspectos indemnizatorios en virtud de lo cual se han establecido una serie de mecanismos idóneos para hacer efectiva dicha reparación, la cual no se limita únicamente a la indemnización sino que también comprende la obligación que posee el Estado de asegurar los mecanismos necesarios para enfrentar en los posible los efectos generados por la conducta punible.

4.1 ANTECEDENTES

En la exposición de motivos del proyecto de ley presentado por el señor Fiscal General de la Nación Luís Camilo Osorio Isaza, se refirió al tema de esta forma.

Que el ordenamiento penal- sustantivo y procesal – siempre se ha ocupado de la acción civil encaminada a obtener el restablecimiento del derecho y el resarcimiento de los daños derivados del delito, por ende, de naturaleza esencialmente indemnizatoria y de contenido civil y económico, señalando su finalidad, titulares y formas de ejercerla para lo cual se consagró la institución de la parte civil.

Esta concepción limitada de los derechos de las víctimas, común en los sistemas penales tradicionales en cuanto las reglas a una posición marginal

de cara al proceso penal, ha venido sufriendo una transformación sustancial al punto que en la actualidad el derecho de las víctimas de los delitos surge como uno de los desafíos de la comunidad jurídica, el cual exige cambios estructurales tales como la implementación de instrumentos que les otorgue espacios dentro y fuera del proceso a través de métodos alternativos para la solución de conflictos como la mediación.

Es así como a la luz de la nueva regulación legal, las víctimas de un delito en garantía de los derechos que les asiste a la verdad, la justicia y la reparación, pueden intervenir en todas las fases de la actuación penal para demandar la adopción de medidas de atención indispensables en orden a garantizar su seguridad personal y familiar, como también las de protección necesarias frente a toda injerencia indebida a su privacidad o dignidad.

Así mismo, pueden acceder a la justicia en condiciones de igualdad para la determinación de sus derechos de carácter civil (restablecimiento del derecho y el resarcimiento de los perjuicios), a través de la solicitud de las medidas patrimoniales instauradas a su favor o del incidente de reparación integral; tienen derecho igualmente, a conocer la realidad de los hechos o a ser debidamente informadas sobre el desarrollo de averiguación, el juicio, la sentencia, la dosificación de la pena y cuanto sea de su interés a efecto de promover el incidente de reparación integral³⁶.

El Código de Procedimiento Penal- no se refiere a la parte civil, como concepto procesal tradicional, sino que hace alusión a la víctima, la cual es definida en el artículo 132 de dicho ordenamiento.

Como lo señaló la propia Comisión Constitucional Redactora del proyecto del actual Código de Procedimiento Penal “una vez proferida la sentencia condenatoria puede tramitarse un incidente de reparación integral, esto es, la posibilidad de incluir la reparación como una tercera vía de las sanciones penales al estilo alemán; esto permitiría hacer mas viable un sistema de justicia alternativa”.

Los artículos 102 a 112 regulan el incidente de reparación integral que sigue a la declaratoria de responsabilidad penal y en donde la víctima puede pretender su

³⁶ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sent. De casación de 19 de septiembre de 2005, proceso 24128, M. P. YESID RAMIREZ BASTIDAS.

reparación económica, pero no se limita únicamente a este aspecto, ya que entre otras pretensiones diferentes a las de tipo económico se hace referencia a formas no pecuniarias de reparación, tales como los desagravios públicos, las disculpas o cualquier otro mecanismo propio de la concepción de la justicia restaurativa y que tiende al acercamiento de víctima y victimario.

Con la aplicación de la Ley 1395 de 2010 se busca que una vez este la sentencia en firme y debidamente ejecutoriada, se agilice el incidente de reparación integral, para así obtener por parte de las víctimas la anhelada reparación y resarcimiento de los perjuicios causados.

4.2 ORIGEN, OBJETO Y LEGITIMACIÓN DEL INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL

Cuatro aspectos significativos conducen a tener bien en claro cuales son los mecanismos para declarar la responsabilidad con la implementación del incidente de reparación integral.

La conducta punible origina obligación de reparar los daños materiales, morales y fisiológicos causados con ocasión de aquella, estos deben ser reparados por los penalmente responsables, en forma solidaria, y por los que, conforme a la ley sustancial, están obligados a responder.

Las personas naturales, o sus sucesores, las personas perjudicadas directamente por la conducta punible tienen derecho a la acción indemnizatoria correspondiente.

El actor popular tendrá la titularidad de la acción civil, cuando trate de lesión directa de bienes jurídicos colectivos.

d) El Juez no puede en el sistema penal acusatorio imponer o reconocer perjuicios causados y menos liquidarlos en forma oficiosa, debido que el incidente de reparación es a petición de la parte legitimada.

4.3 PROCEDENCIA Y EJERCICIO DEL INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL EN LA LEY 906 DE 2004

Una vez emitido el sentido del fallo que declara la responsabilidad penal del acusado y, previa solicitud expresa de la víctima, o del fiscal o del Ministerio Público a instancias de ella, el juez fallador abrirá inmediatamente el incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta criminal, y convocará a audiencia pública dentro de los ocho (8) días siguientes.

Cuando la pretensión sea exclusivamente económica solo podrá ser formulada por la víctima directa, sus herederos, sucesores o causahabientes.

El incidente de reparación integral se da una vez emitido el fallo que declara la responsabilidad penal del acusado, es decir una vez agotadas las etapas procesales de investigación y juicio oral.

Se puede citar a la legitimación activa para solicitar el adelantamiento del mismo, el artículo 102 del C.P.C. establece una clara distinción, según la pretensión sea

exclusivamente económica, situación en la cual sólo podrá ser formulada por la víctima directa, sus herederos o causahabientes, en tanto que, en los demás casos, esto es, cuando la petición no sea meramente pecuniaria, la solicitud deberá ser presentada por la víctima o por solicitud “del fiscal o del Ministerio Público a instancia de ella”. Quiere ello decir que la Ley 906 de 2004, al igual que sucede en el derecho internacional de los derechos humanos, consagra el derecho de las víctimas de los delitos a ser plenamente reparadas y no simplemente indemnizadas.

En este propósito, quien acude a un incidente de reparación integral, como lo señala la norma citada, puede tener una pretensión meramente económica, caso en el cual, la legitimación activa para solicitar la apertura del incidente se encuentra limitada a los interesados; por el contrario, cuando se busca no sólo ser indemnizado pecuniariamente sino ser reparado integralmente, esto es, se persiguen la adopción de medidas de *restitutum in integrum*, modalidades de reparación del daño sufrido por una determinada comunidad, medidas de satisfacción o simbólicas, la legitimación se extiende a la Fiscalía y al Ministerio Público.

“De hecho, puede suceder que las víctimas acuden al incidente de reparación integral sin la pretensión de la obtención de una indemnización económica, sino

con el propósito, por ejemplo, de obtener otra forma de reparación del daño, como lo es la simbólica, por parte del victimario”³⁷.

Esto pone de presente que en el incidente de reparación integral no solamente se consigue, que la víctima reciba una reparación en dinero. El dinero no tiende a restaurar, sino a resarcir. El Derecho elige este recurso económico de resarcimiento a sabiendas de que no se ajusta al principio fundamental que preside la reparación de los daños. Hechas las consideraciones anteriores, en un verdadero proceso penal que quieran reparar integralmente a las víctimas el dinero no lo es todo. Cuando se quiere obtener la verdad de lo que ocasiono el delito y exista un compromiso por parte del victimario habrá entonces una reparación integral como lo señala la justicia restaurativa. La justicia restaurativa, ve los actos criminales en forma más amplia, en vez de defender el crimen como simple trasgresión de las leyes, reconoce que los infractores dañan a las víctimas, comunidades y aun a ellos mismos.

En otro orden de ideas, mide en forma diferente el éxito, en vez de medir cuánto castigo fue infringido, mide cuántos daños son reparados o prevenidos.

4.4 REQUISITOS SINE QUA NON PARA LA SOLICITUD DE APERTURA DEL INCIDENTE.

a) Que se haya emitido el sentido del fallo que declare la responsabilidad penal del acusado, así lo manifiesta la Ley 906 de 2004.

³⁷ S Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-425 de mayo 31 de 2006 M.P. Humberto Antonio Siera Porto

b) Que esta solicitud se haga dentro de los treinta días siguientes de haberse anunciado el sentido del fallo de responsabilidad penal.

c) Que se presente la solicitud por la víctima (persona natural o jurídica), actor popular, Fiscalía y Ministerio Público.

Con referencia a lo anterior el Juez debe revisar objetivamente si los tres enunciados necesariamente se cumplen, debido a que no son excluyentes, sino por el contrario deben estar vigentes los tres al momento que se haga la petición y ellos en sí se puede agrupar en el concepto de legitimidad y legitimación debido a que si hubo anuncio del fallo de responsabilidad penal, pero no se presenta el incidente en el término de los treinta días siguientes al anunció entonces opera el fenómeno de caducidad y como tal se pierde la legitimidad; contrario sensu se presenta en los treinta días, pero no se tiene la calidad de víctima, no hay legitimidad en el solicitante; por lo tanto en virtud de ello le corresponde al juez fallador antes de darle cabida a la formulación de la pretensión, definir el tema de estos requisitos, eso lo tiene que definir en la misma audiencia para que si decide negar continuar con el incidente por alguno de estos tres aspectos la parte afectada tenga el derecho de contradicción.

Además porque la pedagogía del sistema acusatorio es que todo se resuelve en la audiencia por lo cual corresponde instalarla para tomar al interior de ellas las decisiones pertinentes y más que la existencia y vigencia de estos requisitos son de estricta revisión por el Juez.

Por las consideraciones anteriores, hay que diferenciar entre las razones que llevan a negar la solicitud del incidente de reparación integral y las razones o motivos que llevan a rechazar o inadmitir la pretensión. Cabe agregar, que esta diferencia es útil debido que la solicitud es el primer paso para poder llegar a la formulación de la pretensión y eso queda reflejado en la misma literalidad de las normas.

4.5 EL INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL, COMO MECANISMO DE JUSTICIA RESTAURATIVA

La sentencia C-979 de 2005 se ocupó de los varios mecanismos de justicia restaurativa, entre ellos del incidente de reparación integral y de la conciliación dentro de el incidente propuesta por el juez de la causa.

El artículo 250.7 de la Carta, modificado por el Acto Legislativo 03 de 2002, establece que:

La ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal”, y asigna al Fiscal General de la Nación diversas responsabilidades en relación con las víctimas, tales como (1) solicitarle al juez de control de garantías las medidas necesarias para la “protección de la comunidad, en especial, de las víctimas; (2) “solicitarle al juez de conocimiento las medidas judiciales indispensables para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito; y (3) “velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y los demás intervinientes en el proceso penal³⁸.

³⁸ Congreso de la República de Colombia. Acto Legislativo 03 de 2002. Bogotá, 2001.

En desarrollo de esa cláusula constitucional, el legislador reguló (Arts. 102 a 108 Ley 906 de 2004) este mecanismo de justicia restaurativa que se inserta dentro de los cambios que el nuevo modelo de investigación y enjuiciamiento procesal penal introduce sobre la posición de la víctima dentro del proceso, la cual abandona su condición de parte para convertirse en un interviniente dentro de la actuación.

Aunque las víctimas del injusto, en ejercicio de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación pueden intervenir en todas las fases de la actuación penal, sin necesidad de apoderado, hasta la audiencia preparatoria, es el incidente de reparación integral, el cual se surte ante el juez de conocimiento una vez establecida la responsabilidad penal del acusado, el escenario central para la garantía de sus derechos de reparación integral y adecuada.

La reclamación de la víctima dentro del proceso penal, a diferencia de los regímenes procesales anteriores, no exige una demanda de parte civil. Es suficiente la solicitud expresa de la víctima, del fiscal o del Ministerio Público a instancias de aquélla, para que el Juez de conocimiento, una vez ha proferido el fallo declaratorio de responsabilidad, abra de inmediato el incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta punible el cual debe someterse al trámite de la audiencia oral.

La configuración que introduce el legislador sobre este mecanismo restaurador, permite al juez un amplio margen de maniobrabilidad orientado a propiciar, a esta

altura del proceso, una conciliación entre víctima y sentenciado a cerca de la pretensión de reparación integral. Así, si en una primera audiencia fracasa en el propósito conciliatorio, puede convocar a una segunda audiencia para insistir en la búsqueda del acuerdo conciliatorio que ponga fin al incidente; de concretarse, se incorporará a la decisión condenatoria. En caso contrario corresponderá al juez decidir sobre la pretensión, teniendo en cuenta las pruebas presentadas por los interesados y los argumentos expuestos a favor de sus pretensiones. La decisión se adoptará en la misma audiencia, y se incorporará a la sentencia de responsabilidad penal.

La amplia labor mediadora que se atribuye al juez en esta instancia procesal (luego del fallo condenatorio), debe estar asistida por los mismos propósitos, que alientan la justicia restaurativa en general, tales como “atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y lograr la integración de la víctima y del infractor a la comunidad en busca de la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad”³⁹.

Uno de los objetivos principales dentro del incidente de reparación integral, una vez emitido el sentido del fallo es que se de la audiencia como tal, para presentar las pretensiones que se tengan y controvertir las pruebas en la audiencia entre víctima y victimario.

³⁹ Congreso de la República de Colombia. Código de Procedimiento Penal. Art. 518 inciso 2°. Bogotá, 2010.

Etimológicamente hablando, la palabra pretensión proviene de pretender, que significa querer o desear. En su acepción corriente se concibe como “la solicitud para conseguir una cosa que se desea”.

Es evidente entonces que quien pretende demostrar varios aspectos sustanciales en el incidente de reparación integral, esta dispuesto a ejercitar la acción, a través de pruebas y a controvertir las que lleguen al incidente.

4.6 OPINION DOCTRINAL

Varios doctrinantes han opinado al respecto de la pretensión:

Jaime Guasp: “Es una declaración de voluntad por la que se solicita una actuación de un órgano jurisdiccional frente a persona determinada y distinta del autor de la declaración”.

Eduardo J. Couture: “Atribución de un derecho por parte de un sujeto que, invocándolo, pide concretamente se haga efectiva a su respecto la tutela jurídica”.

Devis Echandía: “La declaración de voluntad del demandante para que se vincule al demandado en cierto sentido y para ciertos efectos jurídicos concretos mediante una sentencia”.

Jaime Azula Camacho: “Es el acto de voluntad de una persona, y en virtud del cual reclama del Estado, por conducto de la jurisdicción, un derecho frente o a

cargo de otra persona”. De la misma manera se deduce que el juez de conocimiento, como garante del proceso introduce una perspectiva restauradora como paradigma alternativo.

La justicia restaurativa se presenta como un modelo alternativo de enfrentamiento de la criminalidad, que sustituye la idea tradicional de retribución o castigo, por una visión que rescata la importancia que tiene para la sociedad la reconstrucción de las relaciones entre víctima y victimario.

Hechas las consideraciones anteriores una vez emitido el sentido del fallo el juez de conocimiento llamara a los intervinientes víctima y victimario a conciliar.

En todo momento la actitud del juez de conocimiento es de carácter conciliatorio para los intervinientes, conforme al nuevo Sistema Penal Acusatorio la conciliación constituye uno de los mecanismos de justicia restaurativa a través del cual víctima y ofensor acuden ante un tercero imparcial, en este caso el juez de conocimiento, a fin de lograr un acuerdo conciliatorio, en el que a través de una participación activa y cooperante, plasman compromisos recíprocos orientados a superar el conflicto en el que se vieron involucrados.

Es evidente entonces, que en el Nuevo sistema penal acusatorio lo que se busca es un verdadero resarcimiento de los daños causados y una eficaz reparación. No ha desaparecido la parte civil en el proceso penal, por el contrario hay una mejor

participación de la víctima en todas las etapas del proceso, para que pueda demostrar y controvertir las consideraciones que bien pueda hacer.

En efecto, hay una mejor participación de la víctima como lo señala cuidadosamente las disposiciones de la ley y de la jurisprudencia, pues la víctima tiene el derecho de intervenir en todas las fases de la actuación, lo cual implica que la Fiscalía General de la Nación debe atender sus peticiones en la etapa de indagación e investigación; así lo ha señalado la sentencia (C-454 de 2006). La víctima interviene en el juicio con su reconocimiento desde la audiencia de acusación y tiene derecho a pedir pruebas en la etapa preparatoria, además puede hacer practicar sus pruebas en el juicio y alegar de fondo en el momento asignado por la ley, y además se concentrará en la reparación de perjuicios en el incidente de reparación integral, con el que puede evitar un largo y dispendioso proceso civil ordinario de responsabilidad extracontractual.

4.7 LA REFORMA EN LA LEY 1395 DE 2010.

Como ya se ha anunciado, con la expedición de la Ley 1395 del mes de julio de 2010 se busca que haya más eficacia y el principio de la celeridad se plasme durante el desarrollo del incidente de reparación integral.

Antes con la aplicación de la Ley 906 de 2004 el juez de conocimiento una vez emitido el sentido del fallo abría el incidente de reparación integral a petición de la

víctima, del fiscal o del Ministerio público. Hoy la reforma nos manifiesta que una vez en firme la sentencia condenatoria se convocara a la audiencia que dará inicio al incidente de reparación integral.

Como puede observarse hoy con la nueva Ley 1395 el legislador buscó que la sentencia este plenamente en firme, para que el victimario no tuviera mas rebajas con la condena; como se daba anteriormente donde por reparar, el juez disminuía las penas.

En torno a la temática que se estudia, la reparación contemplada en el artículo 269 del Código Penal, la Corte en la sentencia con radicado 28161 del 9 de abril de 2008, refiriéndose a la sentencia con radicado 24817 del 22 de junio de 2006 se refiere a la interpretación que le ha dado el máximo Tribunal de la Justicia ordinaria al tema de la reparación integral dispuesta en el artículo 269 de la obra penal vigente.

El artículo 269 del Código Penal dispone: “Reparación. El juez disminuirá las penas señaladas en los capítulos anteriores de la mitad a las tres cuartas partes, si antes de dictarse sentencia de primera o única instancia, el responsable restituyere el objeto material del delito o su valor, e indemnizare los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado”⁴⁰.

⁴⁰ Congreso de la República de Colombia. Ley 906 de 2004 Código de Procedimiento Penal. Bogotá, 2005.

Sobre el entendimiento de la disposición, precisó la Sala en sentencia del 13 de febrero del 2003, radicado 15.613:

Se trata de un mecanismo de reducción de pena, no de un atenuante de responsabilidad. Por lo tanto, no incide en el término de prescripción de la acción penal ni en la determinación de la cantidad máxima de pena que hace procedente el recurso de casación.

La rebaja de pena no es facultativa del Juez. Cumplido el supuesto fáctico, se aplica la consecuencia jurídica correspondiente sin que interese determinar el motivo que indujo a la restitución o indemnización, valoraciones subjetivas que no hacen parte de los requisitos consagrados en la ley.

Si el objeto material del delito desaparece, se destruye o el imputado no está en condiciones de recuperarlo, la exigencia legal se cumple si paga su valor e indemniza el perjuicio causado.

Si no se logra el apoderamiento del objeto material – como ocurre en la tentativa- o éste es recuperado por las autoridades, la rebaja opera si el responsable resarce los perjuicios causados con el hecho punible. La reducción es extensiva a los copartícipes, aunque no necesariamente en la misma proporción dadas las particularidades que se deben observar en el proceso de dosificación de la pena.

La Ley 1395 determino lo siguiente:

Artículo 103. Trámite del incidente de reparación integral. Iniciada la audiencia el incidentante formulará oralmente su pretensión en contra del declarado penalmente responsable, con expresión concreta de la forma de reparación integral a la que aspira e indicación de las pruebas que hará valer.

El juez examinará la pretensión y deberá rechazarla si quien la promueve no es víctima o ésta acreditado el pago efectivo de los perjuicios y ésta fuera la única pretensión formulada. La decisión negativa al reconocimiento de la condición de víctima será objeto de los recursos ordinarios en los términos de este código.

Admitida la pretensión el juez la pondrá en conocimiento del condenado y acto seguido ofrecerá la posibilidad de una conciliación que de prosperar dará término al incidente. En caso contrario el juez fijará fecha para una nueva audiencia dentro de los ocho (8) días siguientes para intentar nuevamente la conciliación y de no lograrse, el sentenciado deberá ofrecer sus propios medios de prueba⁴¹.

Sobre el artículo 105 dijo:

Artículo 105. Decisión de reparación integral. En la misma audiencia el juez adoptará la decisión que ponga fin al incidente, mediante sentencia.

Y del artículo 106 se refirió en estos términos: Artículo 106. Caducidad. La solicitud para la reparación integral por medio de este procedimiento especial caduca treinta (30) días después de haber quedado en firme el fallo condenatorio.

⁴¹ Congreso de la República de Colombia. Ley 1395 de Julio de 2001. Bogotá, Julio de 2010.

5. EFICACIA Y UTILIDAD PRÁCTICA DEL INCIDENTE

Para el desarrollo de la presente investigación sobre el rol y la participación de las víctimas de delitos en la audiencia del incidente de reparación integral, en el nuevo sistema penal acusatorio en la ciudad de Barranquilla, se ha tenido en cuenta entrevistas a jueces de la República, abogados litigantes, funcionarios de los despachos judiciales y usuarios de la justicia, en este caso víctimas de delitos.

El Consejo Superior de la Judicatura asignó en la ciudad seis jueces penales con funciones de conocimiento, quienes son los encargados en el proceso penal de adelantar las respectivas audiencias de incidente de reparación integral una vez el fallo este debidamente en firme.

Los despachos judiciales de conocimiento se encargan de adelantar las audiencias de examen a allanamiento a la imputación y sentencia, audiencia de examen a acuerdos de aceptación o negociaciones, audiencia de preclusión, audiencia de acusación, audiencia preparatoria, audiencia de juicio, audiencia de incidente de reparación integral y audiencia de segunda instancia en decisiones de conocimiento.

Los juzgados penales municipales encargados de elaborar estas audiencias son los despachos judiciales: Once (11º) penal municipal a cargo del señor juez Luís

Felipe Moreno; el octavo (8º) penal municipal a cargo de la señora juez Janeth Caballero.

Con respecto a los juzgados penales del circuito los indicados de adelantar estas audiencias son: Juzgado cuarto (4º) penal del circuito a cargo del señor juez Jafet Puello, el juzgado (8º) penal del circuito a cargo del señor juez Álvaro Pájaro, el juzgado tercero (3º) penal del circuito a cargo del señor juez Luigui Reyes Nuñez y el recién creado juzgado primero (1º) penal del circuito a cargo de la doctora Grey Villamil.

Desde el 1º de enero del año 2008 se viene aplicando en la ciudad de Barranquilla el sistema penal acusatorio, algunos lo conocen como el proceso oral, en efecto lo que se aplica es la Ley 906 de 2004 Código de procedimiento penal.

Hoy esta Ley, cuya vigencia se inició a partir del primero de enero de 2005 en nuestro territorio nacional colombiano, es el producto de reflexiones serenas de quienes integraron la Comisión Constitucional y de muchos servidores de la Rama Judicial, integrantes de la academia, profesionales de derecho y gremios en general, quienes aportaron sus conocimientos y experiencias para resolver el problema de la justicia penal que se vivía por esos días en el país.

El sistema Acusatorio tiene fundamento constitucional, en los artículos 29 y 250. El primero contempla el derecho de todo ciudadano a un proceso “público sin dilaciones injustificadas, así como a presentar pruebas y a controvertir las que allegue en su contra”; el artículo 250 dispone que “La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la

acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrella o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de garantías⁴².

Del mismo modo, se sustenta en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos, contentivos de normas superiores relativas a los principios de publicidad, oralidad, celeridad, inmediación y contradicción propias del sistema acusatorio.

En ciertos delitos como los delitos contra la vida y la integridad personal, delitos contra la libertad individual y otras garantías, delitos contra la integridad moral, delitos contra la familia, delitos contra el patrimonio económico, delitos contra los derechos de autor, delitos contra la fe pública, delitos contra el orden económico social, entre otros. La audiencia del incidente de reparación integral no logra realizarse por que previamente se está agotando la indemnización de perjuicios entre víctimas y victimarios, a través de la conciliación. Ella aparece como una institución en virtud de la cual se persigue un interés público, mediante la solución negociada de un conflicto jurídico entre partes, en la que prima como uno de sus caracteres la condición de ser instrumento de autocomposición, por la voluntad concertada o el consenso de las partes, de manera que es de la esencia de la conciliación que los interesados lleguen a un acuerdo que, o bien implica el reconocimiento o la aceptación por uno de ellos de los posibles derechos reclamados por la otra, o la renuncia recíproca de la vida y la integridad personal, pretensiones o intereses que se alegan por aquéllas⁴³.

⁴² Informe Sistema Acusatorio de Capacitación, Escuela de Investigación Criminal y Ciencias Forenses de la Fiscalía General de la Nación de Colombia Bogotá D.C. Octubre de 2004.

⁴³ Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia C-160/99. Magistrado Ponente: Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL. Bogotá, 17 de marzo de 1999.

Prevalecen más las conciliaciones judiciales y extrajudiciales que el incidente de reparación integral, para las partes el arreglo previo es más importante que agotar esta audiencia.

No les interesa promover el incidente de reparación integral a los apoderados judiciales de las víctimas, por que no hay expectativas de dinero, recuérdese que la gran mayoría de los usuarios del sistema judicial son de escasos recursos, de los estratos socioeconómicos más bajos de la comunidad y muchos sin empleos y formación.

Resulta oportuno referirse a que también, es cuestión de estrategia del abogado litigante y sobre todo que él va buscando un mejor desenvolvimiento en el proceso penal, entonces con la circunstancia de que con el incidente de reparación integral se requiere despertar verdad, justicia y reparación a la víctima.

La conciliación continúa ganando terreno, por que se puede hacer antes o después de la sentencia. La conciliación para obtener una indemnización se puede promover en cualquier etapa del proceso, los victimarios tienen una estrategia de defensa con la indemnización que le hacen a la víctima, esta primando mas el arreglo previo, la conciliación previa entre víctima y victimario.

Entre ellos se quiere hacer previamente cualquier arreglo como requisito de indemnización. Muchas veces la víctima por temor, por miedo prefiere hacer un

arreglo antes del incidente o en su defecto dejar de acudir a los estrados judiciales por miedo.

La defensa busca el acercamiento con la víctima con el ánimo conciliatorio y muchas veces la víctima por ese temor o miedo intrínseco que tiene hacia el victimario opta por no acudir a las siguientes instancias del proceso penal, no quiere saber nada de indemnización por los perjuicios causados, con el hurto que le cometieron a su patrimonio económico. Ya que en su gran mayoría la delincuencia es la encargada de perpetrar estos delitos, las amenazas y el miedo se apodera de las víctimas y en muchos casos no permite que ellas sigan en el proceso.

Como puede observarse tienen miedo de que otra vez vuelvan atentar contra su integridad personal y familiar, es ahí donde la víctima no quiere saber mas nada del proceso penal, menos quieren iniciar un incidente de reparación integral. Este miedo no deja que se adelante en las víctimas el verdadero proceso penal por el temor de ser expuestas en un juicio oral y público ante los victimarios y todos sus familiares. Además si el victimario esta detenido en centro carcelario, el solo hecho de volver a encontrarse con la persona que le ocasiono un susto, no deja de ser un hecho preocupante para las víctimas.

Muchas víctimas abandonan por completo el proceso y en la gran mayoría, la audiencia de incidente de reparación integral, no se cumple por ese miedo aterrador que sufren muchas víctimas al ser expuestas en el proceso penal.

Es evidente entonces que con la aplicación de la Ley 906 de 2004 antes de la reforma, que se dio a través de la Ley 1395 de 2010, en lo que concierne al incidente de reparación integral una vez emitido el sentido del fallo el imputado al ver que no había fallo, o sentencia condenatoria en firme por parte del juez de conocimiento, podía reparar para buscar una rebaja de penas como lo establece el artículo 269 del Código penal.

Traemos a colación el artículo 269 del C.P que dispone:

Reparación. El juez disminuirá las penas señaladas en los capítulos anteriores de la mitad a las tres cuartas partes, si antes de dictarse sentencia de primera o única instancia, el responsable restituyere el objeto material del delito o su valor, e indemnizare los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado.

Ante la situación planteada, el victimario al tenor del artículo en mención estaba en la obligación de indemnizar los perjuicios causados, por que como esta justicia es rogada, su apoderado judicial a través de la defensa técnica, le manifestaba al juez de conocimiento que su cliente había indemnizado oportunamente, el resarcimiento de los daños causados a las víctimas. Esto lo hacían muchos

imputados para la disminución de las penas, lo que ocasionaba que entre las víctimas y victimario había un leve acercamiento en torno a un arreglo amistoso.

Como puede observarse el artículo 102 de la Ley 906 de 2004 se refiere a la procedencia y ejercicio del incidente de reparación integral y se refiere a la emisión del sentido del fallo que declara la responsabilidad penal del acusado. Lo anterior indica que todavía no hay sentencia en firme y pueden las víctimas alcanzar un contacto para un arreglo o una indemnización de perjuicios por parte del victimario a cambio de una rebaja de pena que la ley señala como lo establece la norma.

Con la reforma que se plantea a través de las nuevas medidas en materia de descongestión judicial Ley 1395 de 2010; la procedencia y ejercicio del incidente de reparación integral se dá una vez en firme la sentencia condenatoria, quiere decir que si el condenado durante el proceso no manifestó la intención de resarcir a las victimas en su debida forma y oportunidad, no lo puede hacer por que ya existe una sentencia condenatoria en firme por parte del juez de conocimiento y no es aplicable el articulo 269 del Código penal para tratar de disminuir las penas del victimario.

Significa entonces que si hay condena cómo habrá resarcimiento a las víctimas. Antes de la reforma las víctimas guardaban la esperanza de un arreglo o

reparación condicionada por las prerrogativas que la ley penal le entregaba a los imputados.

Considero que la figura del incidente de reparación integral, a pesar de ser eficaz, esta siendo desplazada por otras figuras, tanto que los abogados están utilizando otra forma que es más beneficiosa para sus asistidos, como la conciliación, por que si bien es cierto el incidente de reparación integral se podía presentar antes de la ley 1395 de 2010 con el sentido del fallo, se suspendía el proceso para dictar sentencia en treinta días y se daba la oportunidad para que las víctimas presentara su incidente de reparación. Hoy con esta nueva Ley 1395 de 2010 que modifiko el artículo 102 al 106 que habla del incidente de reparación, la víctima solo puede presentar el incidente de reparación integral posterior a la ejecutoria de la sentencia.

No trae ningún beneficio para el imputado acusado o para el culpable, como es el de indemnizar y reparar a la víctima antes de que se dicte sentencia, por que de conformidad al artículo 269 del Código penal a el victimario si le reporta un beneficio por que es una circunstancia de descuento punitivo, en tanto el incidente de reparación es para la víctima. Una vez dictada la sentencia e individualizada la pena ya no hay ninguna otra rebaja para el sentenciado, como si lo hay con la indemnización que se hace antes.

Los apoderados judiciales de los victimarios sugieren a sus patrocinados la posibilidad de indemnizar a las víctimas, antes de que se individualicen la pena y se dicte la sentencia.

Hoy, con la sentencia en firme, el victimario llega a la audiencia del incidente de reparación integral, pide perdón a las víctimas, a la sociedad en general y manifiesta que no tiene dinero para reparar, por que en el sitio de reclusión donde va ha pagar la condenada no tiene trabajo y la situación socioeconómica de su familia no se lo permite.

Se está ante un retroceso por causa de aplicar la Ley 1395 de 2010 en lo que se refiere al resarcimiento de los perjuicios causados a las víctimas de delitos: contra el patrimonio económico o delitos contra la vida y la integridad personal.

Uno de los principios por que fue creado el nuevo sistema penal acusatorio tiene que ver con las víctimas de los delitos, que han venido tradicionalmente padeciendo cierto olvido no sólo en el ámbito del derecho penal y procesal, sino también en la planificación de la política criminal y la asistencia social, a pesar que a través de providencias de la Corte Suprema de Justicia, se refieran a los alcances que la víctima ha tenido.

Las víctimas tenían una muy pequeña posibilidad de resarcimiento de los perjuicios causados cuando aún estaba el sentido del fallo. Pero con la sentencia en firme esa pequeña posibilidad se ha diluido por completo.

Por otro lado, las víctimas vienen sufriendo además del daño físico o pérdida material provocada por el acto criminal un proceso de victimización secundaria derivada de un inadecuado tratamiento procesal, en el que otras experiencias se ven reiteradamente sometidas a realizar pre acuerdos con la parte que afecto sus intereses y el bien jurídico tutelado.

Comparar las experiencias vividas en la ley 600 de 2000 en la demanda de parte civil que adelantaban las víctimas de delitos con la audiencia de reparación integral que se realiza en la ley 906 de 2004, es tarea de esta investigación. Es evidente entonces que con el hundimiento de la figura de la parte civil que esta plasmada en la Ley 600 de 2000. La acción civil para el resarcimiento de los daños o perjuicios causados por la conducta punible se ejercía ante la jurisdicción civil o dentro del proceso penal por las víctimas perjudicadas, herederos o sucesores.

Recuérdese que con la aplicación de la Ley 600 de 2000, se podía constituir en parte civil la víctima, dentro del proceso penal a través de un escrito o memorial, como lo exigía la ley. Se tasaban los perjuicios a través del daño emergente, lucro cesante, perjuicios morales, perjuicios materiales que eran estimados en gramos

oro. No había ninguna clase de prueba y pocos se preocupaban o no le interesaba este aspecto.

Con lo manifestado por el apoderado de la víctima en el escrito, el juez de la causa podía conceder lo pedido por el apoderado judicial de la víctima.

Por lo regular, muchos abogados litigantes se interesaban por los perjuicios morales, ya que su estimativo era algo intangible o difícil de sopesar.

5.1 EN FIRME LA SENTENCIA CONDENATORIA

El Código de la Infancia y la Adolescencia, expedido mediante la ley 1098 de 2006, autoriza adelantar el incidente de reparación integral con posterioridad a la ejecutoria del fallo, como lo señala su artículo 197.

Antes de la aplicación de la Ley 1395 de 2010, el Código de la infancia y la adolescencia ya había modificado en cuanto a los procesos donde resultaran víctimas los menores, la posibilidad de iniciar el incidente de reparación integral con la ejecutoria del fallo.

La posibilidad de promover el incidente de reparación integral con posterioridad a la ejecutoria del fallo condenatorio cuando en sede de segunda instancia, o de casación, se revoca el fallo absolutorio y se dicta condena no es un tema exótico,

pues hizo parte del proyecto objeto de debates en el Congreso de la República y que a la postre culminaron en la expedición de la Ley 906, concretamente en sus artículos 109 y 113, que se ocupaban de la procedencia y caducidad de tal incidente, respectivamente, aunque posteriormente fueron cambiados por las normas finalmente aprobadas, sin darse mayores razones.

Esa interpretación no se opone a los derechos a la verdad, justicia y reparación, porque las víctimas continúan con la facultad de intervenir en el curso del proceso para lograr la declaratoria de responsabilidad del justificable, fundamento de la posterior indemnización de los perjuicios causados con el delito, dentro de la respectiva oportunidad procesal y conforme a los límites demarcados por la ley y la jurisprudencia constitucional.

En la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, sala penal de casación se dan argumentos de porqué la víctima le sirve más que el incidente se haga después de la firmeza del fallo, entre otras cosas por que asegura la verdad y la justicia, estando con una decisión en firme, más adelante vendrá la reparación.

5.2 VERDAD, JUSTICIA Y REPARACIÓN.

En un momento de la historia, la víctima o el perjudicado buscaba la indemnización de perjuicios en el proceso penal y solamente era eso lo que le interesaba. Luego ya hace más de veinte años que hablamos de la verdad, la

justicia y la reparación. De tal manera que la víctima y los perjudicados por un delito tienen intereses adicionales a la mera reparación pecuniaria. Algunos de sus intereses han sido protegidos por la Constitución de 1991 y se traducen en los tres derechos relevantes que hemos mencionado. El derecho a la verdad, esto es, la posibilidad de conocer lo que sucedió y en buscar una coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real.

El derecho a que se haga justicia en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad. El derecho a la reparación del daño que se le ha causado a través de una compensación económica, que es la forma tradicional como se ha resarcido a la víctima de un delito. De tal suerte que hoy se puede tener un apoderado judicial en la Ley 906 de 2004 buscando verdad y justicia y puedes tener otro apoderado judicial buscando indemnización en la jurisdicción civil buscando indemnización en un proceso civil.

Ahora es más garantista para las víctimas, es más amplio, no necesariamente se busca dinero por parte de las víctimas, con la aplicación del sistema penal acusatorio, en términos generales lo que busca la gente es verdad y justicia.

5.3 LAS VÍCTIMAS

Por otro lado, las víctimas vienen sufriendo, además del daño físico o pérdida material provocada por el acto criminal, un proceso de victimización secundaria

derivada de un inadecuado tratamiento procesal, en el que entre otras experiencias se ven reiteradamente sometidos a realizar pre acuerdos con la parte que afecto sus intereses y el bien jurídico tutelado.

Se puede afirmar, que el nuevo sistema penal acusatorio busca restablecer, dentro del proceso penal, la posición que la víctima había perdido dentro del mismo, como consecuencia de la adopción del sistema de tipo inquisitivo en la Europa Continental. En este sentido, el nuevo proceso penal pretende lograr un adecuado respeto a la dignidad personal de la víctima y evitar que se genere la denominada "victimización secundaria".

El estudio de este tema permite conocer la importancia de las victimas en el nuevo sistema penal acusatorio y el desarrollo de la audiencia de reparación integral en el proceso penal. El papel protagónico que tienen las víctimas, contribuirá a vincular a la comunidad con el proceso modificando su percepción sobre la salvaguarda y restablecimiento de sus derechos, así como en la efectividad de la administración de justicia.

Se verificó en el presente trabajo que a través del incidente de reparación integral y programas de justicia restaurativa utilizando la conciliación y la mediación, pueden las victimas lograr la reparación de los daños y perjuicios ocasionados con el delito, quedando a cargo de la Fiscalía la obligación de tomar medidas urgentes para garantizar su seguridad personal, de la familia y la protección frente a toda

publicidad que implique un ataque a su vida privada o dignidad (artículo 102 del CCP).

Este tema recobra un interés valioso en nuestra ciudad por los acontecimientos presentados en los últimos días con la aplicación del nuevo sistema penal acusatorio. Las fallas que están saliendo a flote en el Sistema Penal Acusatorio están provocando en la sociedad barranquillera y más aun en las víctimas un desconcierto general.

Para la sociedad colombiana, una sociedad de víctimas, que día a día buscan el resurgimiento y la intervención en el proceso penal para ser tenidas en cuenta y así otorgarles el papel protagónico, que siempre les fue negado, en la conducta punible.

Algunos apoderados judiciales de las víctimas consideran que no es necesario llegar a la audiencia de reparación integral, por que previamente es mejor agotar, a través de acuerdos la conciliación judicial o extrajudicial entre víctimas y victimarios.

Se resalta la importancia que tiene la audiencia de reparación integral en el proceso penal para las víctimas, después de participar en toda la cuerda procesal y aportar a los esclarecimientos de los hechos punibles.

Lo novedoso del tema es demostrar que la víctima, tiene un capítulo enorme para desarrollar con ahínco esta audiencia de reparación integral, que no es igual a la demanda de parte civil que se ventilaba en la ley 600 de 2000.

De manera que las víctimas y los perjudicados adquieren con el nuevo sistema penal el status de protagonistas activos, acorde con los principios de protección y promoción de los derechos humanos y de la lucha contra la impunidad.

El Estado tiene, el interés en que el daño sea resarcido del modo más rápido posible y en toda su extensión. La sanción civil se dirige con la penal hacia un mismo fin: la tutela del orden social. Y un resarcimiento rápido no solo satisface la víctima e impide la venganza privada, sino que satisface más ampliamente a la conciencia pública. La Ley 906 de 2004 estipula a tres partes como titulares para promover el incidente de reparación integral: la víctima, la Fiscalía y el Ministerio Público. El incidente de reparación integral es el mecanismo procesal para lograr que se declare por parte del juez de conocimiento la responsabilidad civil, es decir que se reparen integralmente los perjuicios causados con la conducta punible.

Una vez en firme la sentencia condenatoria (responsabilidad penal), lo que se persigue es la declaratoria de la responsabilidad civil, y eso se ejercita a través de un mecanismo que remplace “la demanda de parte civil”, conocido en el esquema procesal acusatorio como “incidente de reparación integral”; instalada la audiencia correspondiente entonces se le presenta al juez competente la pretensión para

que este funcionario judicial en un providencia declare la responsabilidad civil del condenado y el tercero civil, previa presentación y práctica de medios probatorios y oportunidad de alegatos por los intervinientes, en dicha decisión se debe definir cuáles fueron los perjuicios causados y probados producto de la conducta punible y las cuantías para reparar integralmente y si es viable otro tipo de reparación distinta a lo patrimonial, además si participa una compañía aseguradora definir estrictamente el monto que respalda la reparación integral consecuente con la póliza para amparar la responsabilidad civil.

El incidente de reparación integral depende mucho de la capacidad económica de las partes, los usuarios de la justicia son personas de escasos recursos, generalmente no tienen con que indemnizar, por eso muchos inician el incidente y termina con una conciliación. Es evidente entonces, que si un apoderado judicial de víctima esta esperando que el incidente de reparación integral sea el escenario para buscar la indemnización de perjuicios esta equivocado, esto no ocurre por que los usuarios que acuden a la justicia son demasiado pobres.

A contrario sensu lo que ocurre con la ley 975 de 2005 Ley de Justicia y Paz donde hay quien garantice el pago, el incidente de reparación integral tiene un sentido económico. El estado tiene un fondo para la reparación e indemnización de las víctimas producto del conflicto armado.

Acá con la aplicación de la ley 906 de 2004 el incidente es aleatorio por que gran parte de los usuarios del servicio de justicia es gente de escasos recursos económicos.

Por ejemplo, en el delito de homicidio con una expectativa de vida de 40 años, una vez el incidentante formula oralmente su pretensión en contra del declarado penalmente responsable, con expresión concreta de la forma de reparación integral a la que aspira e indicación de las pruebas. El juez de conocimiento una vez valore lo formulado por el incidentante y este quiera que le paguen con diez salarios mínimos de ingreso, siempre el victimario va ha decir que no tiene forma ni medios para indemnizar económicamente la falta ocasionada.

CONCLUSIÓN

En el nuevo sistema penal acusatorio que rige en la República de Colombia desde el 1 de enero del año 2005. El legislador a través de la Ley 906 de 2004 y la reforma que se implementó en la Ley 1395 de 2010, señala una serie de garantías, derechos y deberes para la víctima, podemos concluir que en todos estos enunciados está consolidado el rol de la víctima en el proceso penal y casi todos los postulados tienen la orientación invocada precedentemente.

Con referencia a lo anterior hoy las víctimas que han sufrido delitos, tienen la fortuna de obtener una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor o partícipe del injusto o de los terceros llamados a responder en los términos de las leyes 906 de 2004 y 1395 de 2010.

Pero, lamentablemente esta reparación integral que se anuncia en un capítulo del código de procedimiento penal, muy poco es tomada en cuenta por las víctimas y los abogados litigantes. No les interesa promover, el incidente de reparación integral a los apoderados judiciales de las víctimas, por que no hay expectativas de dinero. La gran mayoría de los usuarios del sistema judicial son de escasos recursos, de los estratos socioeconómicos más bajos de la comunidad y muchos sin empleos y formación.

Según se ha visto, muchas veces la víctima por temor, por miedo prefieren hacer un arreglo con su victimario, antes de que se de inicio a la audiencia del incidente de reparación integral o en su defecto, dejan de acudir a los estrados judiciales por miedo a volver a encontrarse con su agresor.

Por eso, la conciliación entre las partes víctima y victimario, continúa ganando terreno por que se puede hacer antes o después de la sentencia en firme. La conciliación para obtener una indemnización se puede promover en cualquier etapa del proceso.

En este mismo orden y dirección el daño, detrimento o lesión que la víctima experimenta en su integridad, cuerpo o bienes merece una indemnización por su causante y cualquiera que la causa sea.

El dinero no tiende a restaurar, sino a resarcir. El Derecho elige este recurso económico de resarcimiento a sabiendas de que no se ajusta al principio fundamental que preside la reparación de los daños. Del daño inmediato surge la obligación de reparación y del daño mediato la obligación de la reparación social.

En efecto, todo delito produce un trastorno o daño público, que da nacimiento a la acción penal y puede ocasionar un trastorno o daño privado que da origen a la acción civil.

La acción civil es la facultad o derecho que tienen los perjudicados con el delito de pretender la indemnización por los daños ocasionados con la conducta y de intervenir en el proceso para tal fin. El incidente de reparación integral es un mecanismo para buscar a través de la pretensión que se declare la responsabilidad civil.

Por las consideraciones anteriores, en estos tiempos, ya únicamente no es la persecución de la indemnización sino que se le atribuyen otras facultades y derechos, es así que se establece como principio fundamental, y como institución propia dentro del sistema penal acusatorio, la justicia restaurativa, la cual busca, un efectivo restablecimiento del derecho no solo frente a la víctima sino ante la comunidad por el ilícito cometido. En desarrollo de esta figura se desprenden figuras como: la conciliación pre-procesal, para delitos querellables, y la mediación para el resto de delitos.

Cabe agregar, que los principios adoptados por la comunidad internacional propenden por el respeto hacia los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, que se reconocen a las víctimas de los delitos graves según el derecho internacional.

En este sentido, la verdad, la justicia y la reparación se erigen como bienes cardinales de toda sociedad que se funde en un orden justo y de pacífica convivencia, entre los cuales median relaciones de conexidad e interdependencia,

de manera tal que: No es posible lograr la justicia sin la verdad. No es posible llegar a la reparación sin la justicia.

Por último, los artículos 102 a 106 de la Ley 906 de 2004 y la reforma 1395 de julio de 2010, regulan el incidente de reparación integral que sigue a la declaratoria de responsabilidad penal y en donde la víctima puede pretender su reparación económica, pero no se limita únicamente a este aspecto, ya que entre otras pretensiones diferentes a las de tipo económico se hace referencia a formas no pecuniarias de reparación, tales como los desagravios públicos, las disculpas o cualquier otro mecanismo propio de la concepción de la justicia restaurativa y que tiende al acercamiento de víctima y victimario.

BIOBLIGRAFIA

ALBRECHT FISCHER, Hans. Los daños civiles y su reparación, Editorial Leyer, Bogotá, 2005

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. (En línea) Resolución 40/34 del 29 de noviembre de 1985. Disponible en: www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/h_comp49_sp.htm. Barranquilla, Agosto 25 de 2010. 5:00p.m

Biblioteca Artículos Electrónicos. Disponible en Internet:<http://www.tribunalmmm.gob.mx/biblioteca/juveniociamacho/juveniociamacho.html>. Barranquilla, Agosto 14 de 2010. 10:00 a.m.

BUSTOS, Ramírez Juan. Victimología presente y futuro. Segunda Edición. Bogotá: Editorial Temis, 1993. Pág.9.

Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. p. 2791

BOVINO, Alberto. Víctima y Derecho Penal. En línea Disponible en: <http://www.medicolegal.com.co>. Barranquilla, Septiembre 16 de 2010. 4:00.p.m.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Código de Procedimiento Penal de 1938. Art 92, 93 y 94. Bogotá, 2001.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Código Civil. Bogotá, 2001

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Código de procedimiento penal
Ley 906 de 2004

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1395 de 2010. Bogotá,
Julio 12 de 2010.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Código de Procedimiento Civil.
Bogotá, 2001.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Código Penal de 1980.
Decreto 100. Art.100 a 107

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Art. 2341 Código Civil. Bogotá,
2002.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1395 de 2010. Bogotá.
Julio de 2010.

COMISIÓN REDACTORA CONSTITUCIONAL. Creada por el Acto legislativo 003
de 2002. Acta 007 de 28 de febrero de 2003.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sent. De casación de 19 de septiembre de 2005, proceso 24128, M. P. YESID RAMIREZ BASTIDAS.

Corte Constitucional. Sentencia C-425 de mayo 31 de 2006 M.P. Humberto Antonio Siera Porto

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Acto Legislativo 03 de 2002. Bogotá, 2001.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Código de Procedimiento Penal. Art. 518 inciso 2º. Bogotá, 2010.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 906 de 2004 Código de Procedimiento Penal. Bogotá, 2005.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1395 de Julio de 2001. Bogotá, Julio de 2010.

CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Sentencia C-228 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett.

CUBERO PEREZ, Fernando. La tutela efectiva de los derechos de la victima en el proceso penal costarricense. Segunda Edición. En: Sistema Acusatorio 2005, CORTE SUPREMA Y CONSTITUCIONAL, Jurisprudencia. 350 conferencias,

legislación, códigos nacionales y suramericanos. En: Jurídica ENRED.NET, deavilaenred

CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Sentencia C-160/99. Magistrado Ponente: Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL. Bogotá, 17 de marzo de 1999.

CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Sentencia C-228 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA.- Ley 906 de 2004. Código de Procedimiento Penal. Bogotá, 2005.

CASTILLO ALAVA, Vid. Las consecuencias jurídico-económicas del delito, Lima, 2001, p.274; ZUÑIGA RODRIGUEZ, “Las consecuencias accesorias aplicables a las persona jurídicas del art 105 COP: Principales problemas de aplicación”, Anuario de derecho penal, Hurtado Pozo, (dr), Lima, 2003, p. 474.

Diario Oficial de la Unión Europea. L.261/5 del 29 de Abril de 2004. Sobre indemnización de Víctimas y delitos.

FERRY, Enrique. Sociología, Ed. McGraw. Tomo II. México, p. 125

GONZALEZ NAVARRO, Antonio Luís. La justicia Restaurativa y el Incidente de Reparación, Editorial Leyer. Bogotá, 2010. p.643

Informe Sistema Acusatorio de Capacitación, Escuela de Investigación Criminal y Ciencias Forenses de la Fiscalía General de la Nación de Colombia Bogotá D.C. Octubre de 2004.

LAMA DE ESPINOZA, Emilio. Delitos sin víctima, orden moral y ambivalencia social, Alianza, Madrid 1989. p.114

MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. Introducción a la criminología. Segunda Edición. Medellín, Biblioteca jurídica DIKE, 1994. Pág.129

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, A.G. res 2200^a (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No 16) p.52, ONU. A/6316, 999 U.N.T.S. 171, entrada en vigor 23 de marzo de 1976.

RODRIGUEZ MANZANERA, L. Victimología. Estudio de la víctima. Tercera Edición. México: Porrúa. 1993. Citado por SAMPEDRO, Arrubla Julio Andrés. Ibidem. Pág.155

SAMPEDRO ARRUBLA, Julio Andrés. ¿Quiénes son las víctimas del delito? La redefinición del concepto desde la victimología. Revista Derecho Penal y Criminología. Volumen XXI. No 67- Septiembre – Diciembre.1999. Pág.154-155.

STAUDIM, JGER, KONIMENTAR Z. BGB, S 255 N.4; CROME, System des deutschen bürger. RECHTS, II, pag

ANEXO

Caso Velásquez Rodríguez

Indemnización Compensatoria (Art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Sentencia de 21 de julio de 1989, Serie C No 7⁴⁴.

La obligación contenida en el artículo 63.1 de la Convención es de derecho internacional y éste rige todos sus aspectos como, por ejemplo, su extensión, sus modalidades, sus beneficiarios, etc.

Por ello, la presente sentencia impondrá obligaciones de derecho internacional que no pueden ser modificadas ni suspendidas en su cumplimiento por el Estado obligado invocando para ello disposiciones de su derecho interno.

Caso Villagrán Morales y otros, Reparaciones (Artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 25 de mayo de 2001, Serie C No. 77, párrs. 74-81.

Al presentar el caso ante la Corte, la Comisión invocó los artículos 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención” o “la Convención Americana”) y 32 y siguientes del Reglamento. La Comisión sometió este caso para que la Corte decidiera si hubo violación de los siguientes

⁴⁴ Caso Godínez Cruz, Indemnización Compensatoria (Art 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 21 de julio de 1989, Serie C No 8, párrs. 23-24.

artículos de la Convención: 1 (Obligación de Respetar los Derechos), 4 (Derecho a la Vida), 5 (Derecho a la Integridad Personal), 7 (Derecho a la Libertad Personal), 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial). Dichas violaciones se produjeron, según la demanda, por: el secuestro, la tortura y el asesinato de Henry Giovanni Contreras, Federico Clemente Figueroa Túnchez, Julio Roberto Caal Sandoval y Jovito Josué Juárez Cifuentes; el asesinato de Anstraum Villagrán Morales; y la omisión de los mecanismos del Estado de tratar dichas violaciones como correspondía, y de brindar acceso a la justicia a las familias de las víctimas.

Como dos de las víctimas, Julio Roberto Caal Sandoval y Jovito Josué Juárez Cifuentes eran menores de edad cuando fueron secuestrados, torturados y asesinados y Anstraum Villagrán Morales era menor de edad cuando fue asesinado, la Comisión alegó que Guatemala también violó el artículo 19 (Derechos del Niño) de la Convención Americana. Además la Comisión solicitó que la Corte ordenara que el Estado tome las medidas necesarias para completar una pronta, imparcial y efectiva investigación de los hechos “a fin de que puedan detallarse en una reseña oficialmente sancionada” para determinar la responsabilidad individual por las violaciones y que “haga objeto a esas personas responsables de adecuadas sanciones”. Solicitó al Estado “reivindic[ar] los nombres de las víctimas así como el pago de una justa indemnización a quienes se vieron perjudicados en virtud de las violaciones de los derechos precedentemente mencionados” y el pago de las costas a las víctimas y sus representantes. En su demanda, la Comisión también invocó la violación de los

artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

En los siguientes párrafos, y de acuerdo con la demanda de la Comisión Interamericana, la Corte resume los hechos del presente caso:

a) En la tarde del 15 de junio de 1990, en la zona conocida como “Las Casetas” en la ciudad de Guatemala, una camioneta se acercó a Henry Giovani Contreras, de 18 años de edad; Federico Clemente Figueroa Túnchez, de 20 años; Julio Roberto Caal Sandoval, de 15 y Jovito Josué Juárez Cifuentes, de 17. De dicho vehículo bajaron hombres armados y secuestraron a los cuatro jóvenes, obligándolos a subir a la camioneta.

b) Los cuerpos de los jóvenes Juárez Cifuentes y Figueroa Túnchez fueron encontrados en los Bosques de San Nicolás el 16 de junio de 1990 y los cadáveres de los jóvenes Contreras y Caal fueron descubiertos en el mismo lugar el día siguiente. Los cadáveres mostraban signos graves de tortura y la causa oficial de la muerte, en todos los casos, fue atribuida a lesiones producidas por heridas de armas de fuego.

c) El 25 de junio de 1990, aproximadamente a la medianoche, Anstraum Villagrán, de 17 años, fue asesinado mediante un disparo de arma de fuego en “Las Casetas”. Testigos oculares vieron a la víctima cuando entró en un callejón,

seguido por dos hombres. Intercambiaron algunas palabras y varios minutos después, cuando el joven Villagrán se dio vuelta para escapar, uno de los hombres le disparó en la espalda y le dio muerte.

d) Momentos después del asesinato del señor Villagrán, los dos homicidas se acercaron al kioskito N° 29 y pidieron dos cervezas. Algunos niños de la calle se acercaron a los hombres y los acusaron de haberle dado muerte al joven Villagrán. Los dos hombres respondieron que “se callaran o sufrirían las consecuencias”.

e) Sostiene la Comisión que “Las Casetas”, y específicamente la zona cerca del kioskito de “Pepsi” fue el escenario de los secuestros de las cuatro primeras víctimas y del asesinato de la quinta. Los cinco jóvenes eran amigos, vivían en las calles de la Ciudad de Guatemala y eran conocidos por muchas personas de la zona. De acuerdo con la Comisión Interamericana, en el período en que ocurrieron los hechos la zona de “Las Casetas” era notoria por tener una alta tasa de delincuencia y criminalidad.

f) La señora Julia Griselda Ramírez, quien trabajaba en el kioskito N° 29 de “Las Casetas” (“kioskito de Pepsi”), en la época en que ocurrieron los secuestros y los presencié el día 15 de junio de 1990 declaró que la señora Rosa Trinidad Morales Pérez, quien también estaba trabajando en el kioskito ese día, detestaba a los niños de la calle y había amenazado de muerte a algunos de ellos. Sin embargo, el día que ocurrieron los hechos, había invitado a los cuatro secuestrados a tomar

sopa en el kiosco, cosa que nunca antes había hecho. Mientras comían, la señora Morales Pérez salió del kiosco y momentos después llegó la camioneta con los hombres armados. Además, la señora Ramírez declaró que escuchó a la señora Morales Pérez decir que a Anstraum, la quinta víctima, “lo matarían como había ocurrido con sus amigos”.

g) La señora Ramírez proporcionó una descripción física detallada de los hombres, quienes, según ella, eran como miembros del Quinto Cuerpo de la Policía Nacional. Identificó, en particular al ex-oficial Samuel Váldez Zúñiga y al oficial Néstor Fonseca López. Otro testigo, Gustavo Adolfo Cisneros Cónca (“Toby”), otro niño de la calle que estuvo con Anstraum la noche del asesinato, dio una descripción similar de los dos hombres.

h) En su informe de 25 de marzo de 1991, los investigadores de la policía señalaron al oficial de policía Néstor Fonseca López y al ex-oficial de policía Samuel Váldez Zúñiga como presuntos implicados en el secuestro, tortura y asesinato de los jóvenes mencionados y a Rosa Trinidad Morales Pérez, como cómplice en la comisión de esos delitos.

i) El 17 de abril de 1991 los procesos referentes a la investigación de los delitos cometidos contra los cinco jóvenes fueron acumulados y sometidos a la jurisdicción del Juzgado Segundo de Primera Instancia del Ramo Penal de Instrucción de la Ciudad de Guatemala, el cual formuló cargos de homicidio en

contra de dos oficiales de la Policía y un civil. En su fallo de 26 de diciembre de 1991 el Juzgado de Primera Instancia de la Ciudad de Guatemala invalidó importantes testimonios en el caso relacionados con la identificación de los acusados. La sentencia señaló que los acusados habían negado su participación en los delitos, nunca se había probado el tipo de arma asignado a los oficiales y que algunos testigos no podían identificar al acusado en procedimientos de reconocimiento personal. Por lo tanto, el Juzgado de Primera Instancia “absolvió a los acusados, señalando que las pruebas eran insuficientes como para demostrar su participación” en los hechos. El 25 de marzo de 1992 la Sala Cuarta de la Corte de Apelaciones confirmó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. El 5 de mayo de 1992 el Ministerio Público presentó un recurso de casación contra la anterior resolución y el 21 de julio de 1993 la Corte Suprema confirmó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

j) La Comisión alega que los delitos cometidos contra las cinco víctimas “constituye un ejemplo de las graves violaciones de derechos humanos de que fueron objeto niños de la calle guatemaltecos en el período de tiempo de que se trata en la denuncia de este caso”. Agregó que pese a que ya han pasado seis años desde la fecha del asesinato de esos jóvenes, el Estado no ha “realizado ningún esfuerzo serio de reacción frente a esos crímenes”.